

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO – DOUTORADO EM DIREITO

Carlos Alberto Lunelli

**A SUPERACÃO DO PARADIGMA RACIONALISTA E A POSSIBILIDADE DE
INCLUSÃO DO COMANDO MANDAMENTAL NA SENTENÇA CONDENATÓRIA**

São Leopoldo

2005

Carlos Alberto Lunelli

**A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA RACIONALISTA E A POSSIBILIDADE DE
INCLUSÃO DO COMANDO MANDAMENTAL NA SENTENÇA CONDENATÓRIA**

Tese apresentada para obtenção do título de
Doutor em Direito no Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do Vale
do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Professor Doutor Ovídio Araújo
Baptista da Silva

São Leopoldo

2005

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A large, empty rectangular box with a thin black border, intended for entering international cataloging data (CIP).

Bibliotecária Responsável – Número do Registro no CRB-10:

Carlos Alberto Lunelli

**A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA RACIONALISTA E A POSSIBILIDADE DE
INCLUSÃO DO COMANDO MANDAMENTAL NA SENTENÇA CONDENATÓRIA**

Tese apresentada para obtenção do título de Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

BANCA EXAMINADORA

Nome do Professor

Nome do Professor

Nome do Professor

Para Lino João Lunelli, meu pai.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Ovídio Araújo Baptista da Silva, pela coragem na sustentação de suas vanguardistas posições, que trazem uma nova esperança ao processo, pelo privilégio de desfrutar de seu convívio, e pela confiança em mim depositada.

À Universidade de Caxias do Sul e ao povo brasileiro, que propiciaram os meios para que eu pudesse realizar a pesquisa. Ao Miguel Angelo Santin, pela compreensão e incentivo.

À Caroline, que tanto me ajudou a controlar os prazos das devoluções dos livros e que acreditava na conclusão da tese. Ao pessoal da Biblioteca da UFPR, pela disponibilidade e auxílio na coleta de material, bem como à Dra. Josilma e à Rosângela, de Brasília, que também atuaram para a completude das referências bibliográficas.

À Flávia e à Júlia, pelo tempo que me deram, prometendo-lhe, Júlia, que agora chega.

Ao Pedro, pelo apoio incondicionado.

E ao Jeferson Marin.

RESUMO

A ação condenatória do processo civil não encontra a correspondente ação no plano material, motivo pelo qual não realiza a pretensão do autor. A exigência de sua utilização no processo civil, como condição para o início da execução, nas pretensões relativas ao direito obrigacional, também está relacionada ao método empregado pela ciência processual. O conhecimento científico depende do método de que a ciência se utiliza. As ciências do espírito não são o campo da invenção e o seu proceder é diverso daquelas da natureza. A compreensão é que deve informar o saber no campo social. Então, é inadequada a utilização do método das ciências naturais, quando se trata da ciência processual. A incorporação do método das ciências exatas, pelas ciências do espírito, tem suas origens no pensamento racionalista, quando na Idade Moderna desenvolveu-se uma nova concepção do mundo e do conhecimento. No campo do Direito, a influência do Direito Natural trouxe essa dimensão peculiar, onde a necessária afirmação da razão humana, como sustentadora do conhecimento, exigiu a adoção de um novo método e de um novo paradigma. Esse método trouxe profundas conseqüências para o processo contemporâneo que, fundado no Direito Romano, incorporou a separação entre as atividades declarativa e executiva, o procedimento da *actio*, a marcada distinção do processo em duas etapas e a compreensão das atividades do juiz privado e do pretor, estas representadas especialmente pelos interditos. A influência do Racionalismo, o componente ideológico e a dogmática encarregaram-se de desvirtuar os primitivos institutos romanos, a ponto de que a concepção moderna de ação processual permite concluir que a condenação é a principal justificadora de uma atividade jurisdicional apenas declarativa, incapaz de realizar as pretensões do autor, o que se produz também a partir da construção da categoria da ação processual. Esses mesmos elementos produziram o enfraquecimento das importantes atividades executiva e mandamental, bem como conduziram à redução da relevância das medidas coercitivas. A aceitação de uma jurisdição declarativa expõe o componente liberal individualista sobre o qual se assenta o processo, o que faz tímida a atuação do processo nessa direção. Então, a proposta que se apresenta, a partir da consideração da hermenêutica e da aceitação da tópica e da retórica, como possibilidades de superação do cartesianismo, implica a aceitação da interação entre a mandamentalização e a condenação, permitindo que a reunião dessas eficácias opere na preservação da tutela jurisdicional e, ainda, na efetiva realização das pretensões formuladas.

Palavras-chave: ciência processual, racionalismo, ação condenatória, ação mandamental.

ABSTRACT

The condemnatory action of the civil process does not find a corresponding action in the material plan, which is why it does not fulfill the author's pretension. The demand of its use in the civil process, as a condition to start an execution, in the pretensions related to the obligational law, is also related to the method employed by the process science. The scientific knowledge depends on the method that science uses. The spiritual science is not in the field of invention and its procedure differs from the natural one. The understanding must inform the knowledge in the social field. Therefore, it is inadequate the use of the natural sciences method when dealing with the process science. The incorporation of the exact sciences method by the spiritual science has its origin in the rationalistic thought, when a new conception of world and knowledge was developed in the Modern Age. In the field of Law, the influence of the Natural Law brought this peculiar dimension, where the necessary assertion of the human reason, as a support for the knowledge, demanded the adoption of a new method and paradigm. This method brought deep consequences to the contemporary process, which being founded on the Roman Law, incorporated the separation between the declarative and executory activities, the procedure of the *actio*, the marked distinction of the process into two steps, and the inclusion of the activities of a private judge and a praetor, these specially represented by the *interdicta*. The influence of Rationalism, the ideological component and the dogmatic took charge of deviating the primitive Roman instincts, to the point that the modern conception of process action allows to conclude that the condemnation is the main justification for a simple assertive jurisdiction, unable to fulfill the author's pretensions, which is also produced from the building of the category of the process action. These same elements produced not only the impoverishment of the important writ and executory activities, but also led to the reduction of the relevance of the coercive measures. The acceptance of an assertive jurisdiction exposes the liberal individualist component on which the process lies, making timid the process action in this direction. Therefore, the proposal from the hermeneutic and the acceptance of the topic and rhetoric, as possibilities of overcoming the cartesianism, implies the acceptance of the interaction between writ and condemnation, allowing that the union of these efficacies operates on the preservation of the jurisdictional protection, and, still, in the effective outcome of the expressed pretensions.

Key-words: process science, rationalism, condemnatory action, writ action

RIASSUNTO

L'azione condannatoria del processo civile non trova la corrispondente azione sul piano materiale motivo per cui non realizza la pretensione dell'autore. L'esigenza del suo utilizzo nel processo civile, come condizione per l'inizio dell'esecuzione, nelle pretensioni relative al diritto obbligazionario, viene anch'essa rapportata al metodo impiegato dalla scienza processuale. Il conoscimento scientifico dipende dal metodo di cui si utilizza la scienza. Le scienze dello spirito non sono il campo dell'invenzione ed il suo procedere è diverso da quello della natura. La comprensione è quella che deve informare il sapere sul campo sociale. Quindi è inadeguato l'utilizzo del metodo delle scienze naturali quando si tratta della scienza processuale. L'incorporazione del metodo delle scienze esatte da parte delle scienze dello spirito ha le proprie origini nel pensiero razionalista, quando nell'Età Moderna si è sviluppato un nuovo concetto di mondo e di conoscimento. Nel campo del Diritto l'influenza del Diritto Naturale ha apportato questa dimensione particolare, dove la necessaria affermazione della ragione umana, come sostenitrice del conoscimento ha richiesto l'adozione di un nuovo metodo e di un nuovo paradigma. Questo metodo ha portato conseguenze profonde al processo contemporaneo che, fondato sul Diritto Romano, ha incorporato la separazione tra le attività dichiarativa e esecutiva, il procedimento della actio, la marcata distinzione del processo in due tappe e la comprensione delle attività del giudice privato e del pretore, esse rappresentate specialmente dagli interdetti. L'influenza del Razionalismo, la componente ideologica e la dogmatica si sono incaricate di travisare i primitivi istituti romani, arrivando al punto che il concetto moderno dell'azione processuale permetta di concludere che la condanna è la principale giustificativa di un'attività giurisdizionale soltanto dichiarativa, incapace di realizzare le pretensioni dell'autore, il che si produce anche dalla costruzione della categoria dell'azione processuale. Questi stessi elementi hanno prodotto l'indebolimento delle importanti attività esecutiva e mandamentale, così come hanno condotto alla riduzione della rilevanza delle misure coercitive. L'accettazione di una giurisdizione dichiarativa espone la componente liberale individualista sulla quale si applica il processo, fatto che rende timida l'attuazione del processo in questa direzione. Quindi la proposta che si presenta dalle considerazioni dell'ermeneutica e dall'accettazione della topica e della retorica, come la possibilità di superamento del cartesianismo, implica nell'accettazione dell'interazione tra l'azione mandamentale e la condanna, permettendo che la riunione di queste efficaci operi nella preservazione della tutela giurisdizionale e, inoltre, nell'effettiva realizzazione delle pretensioni formulate.

Parole-chiavi: scienza processuale, razionalismo, azione condannatoria, azione mandamentale.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO PROCESSUAL E MÉTODO: A NECESSIDADE DE ROMPIMENTO COM O RACIONALISMO.....	17
2.1 O MÉTODO DAS CIÊNCIAS DO ESPÍRITO E O DIREITO PROCESSUAL.....	20
2.1.1 A Influência do Método no Desenvolvimento do Saber Científico	22
2.1.2 Compreensão e Ciência Processual: Conceitos Inseparáveis	26
2.1.3 Razoabilidade e Plausibilidade: Orientadoras da Ciência Processual	38
2.2 DIREITO: UMA CIÊNCIA DA COMPREENSÃO	44
2.2.1 A Dimensão Contemplativa da Compreensão, Possibilidade de Alcance da Verdade ...	45
2.2.2 O Papel da Interpretação no Processo da Compreensão.....	52
2.2.3 Compreensão e o Resgate do Passado: a Importância da Tradição.....	57
2.3 O PARADIGMA RACIONALISTA: LÓGICA, CERTEZA E O DIREITO PROCESSUAL.....	60
2.3.1 Racionalismo: a Expressão do Pensamento Cartesiano como Afirmação do Direito Natural	62
2.3.2 A Validação Universal do Direito e a Afirmação do Paradigma Racionalista.....	65
2.3.3 Racionalismo e Processo: Razão e Certeza numa Ciência de Incertezas	71
3 AÇÃO CONDENATÓRIA E EXECUÇÃO, DO DIREITO ROMANO AO PROCESSO CONTEMPORÂNEO.....	80
3.1 A EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E A AFIRMAÇÃO DA CONDENAÇÃO NO DIREITO ROMANO.....	82
3.1.1 O Período das <i>Legis Actiones</i> : a Vinculação à Lei.....	85
3.1.2 As Fórmulas e a Ampliação das Funções Jurisdicionais.....	90
3.1.3 <i>Actio</i> e <i>Condemnatio</i> : Feição Privada da Jurisdição	95
3.2 O EXERCÍCIO DO PODER DE IMPÉRIO NO DIREITO ROMANO: OS INTERDITOS E A REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO EXECUTIVA	104
3.2.1 O Pretor Romano e a Função de Império	106
3.2.2 A Atividade do Pretor: Verdadeira Jurisdição?.....	109
3.2.3 Os Interditos, Expressão da Mandamentalização no Direito Romano	113
3.3 A SEPARAÇÃO ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO: UMA MARCA DO DIREITO ROMANO	122
3.3.1 <i>Jurisdictio</i> e <i>Imperium</i> : a Convivência com os Interditos	123
3.3.2 A Conseqüente Dicotomia entre as Atividades Cognitiva e Executiva.....	126
3.3.3 Morte e Renascimento do Direito Romano, Precursor do Processo Moderno.....	131

4 A ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO E A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO.....	138
4.1 A DICOTOMIA ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO: ATIVIDADES DA MESMA JURISDIÇÃO.....	140
4.1.1 A Função Jurisdicional, do Direito Romano ao Processo Contemporâneo.....	141
4.1.2 Cognição e Execução: Atividades Complementares da mesma Jurisdição.....	148
4.1.3 A Dimensão do Conceito de Ação no Processo Contemporâneo.....	153
4.2 ATIVIDADE JURISDICIONAL DECLARATIVA E CERTEZA JURÍDICA.....	161
4.2.1 A Questão da Classificação das Ações Quanto à Eficácia do Provimento.....	162
4.2.2 A Afirmação da Condenação no Processo Contemporâneo.....	167
4.2.3 Declarar e Condenar: Atividades Processuais Distintas?.....	177
4.3 EXECUÇÃO, SANÇÃO E COERÇÃO NO PROCESSO CONTEMPORÂNEO: A REALIZAÇÃO DAS PRETENSÕES RELATIVAS AO DIREITO OBRIGACIONAL.....	186
4.3.1 A Atividade Executiva: Realização da Pretensão Obrigacional do Autor.....	187
4.3.2 O Conceito de Obrigação no Direito Romano e sua Compreensão na Modernidade ...	193
4.3.3 Sanção, Medida Coercitiva e o Atendimento da Pretensão do Autor.....	199
4.3.4 Os Modelos Contemporâneos de Medidas Coercitivas: Inglês, Germânico e Francês.	205
5 ORDENAR E CONDENAR: A ACEITAÇÃO DA COEXISTÊNCIA DAS FUNÇÕES MANDAMENTAL E CONDENATÓRIA A PARTIR DE UMA NOVA COMPREENSÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL.....	215
5.1 A CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA PARA A COMPREENSÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL.....	216
5.1.1 A Necessidade de Superação da Hermenêutica Tradicional.....	218
5.1.2 A Importância da Linguagem no Processo de Interpretação.....	224
5.1.3 Hermenêutica e Direito Processual: uma Transposição Necessária.....	230
5.2 A SUPERAÇÃO DA HERANÇA CARTESIANA NO DIREITO PROCESSUAL: UM DESAFIO PARA O PROCESSO CONTEMPORÂNEO.....	234
5.2.1 A Tópica: Possibilidade de Afastamento do Dogmatismo da Ciência Processual.....	239
5.2.2 A Importância da Retórica para o Processo: Valorização da Argumentação.....	242
5.2.3 A Necessidade de Superar o Paradigma Racionalista e a Dogmática Processual.....	247
5.3 A PRESERVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL A PARTIR DA INTERAÇÃO DAS EFICÁCIAS MANDAMENTAL E CONDENATÓRIA.....	254
5.3.1 Obrigação e Comando Mandamental: Conceitos Incompatíveis?.....	259
5.3.2 Mandamentalização da Condenação: a Garantia da Autoridade Judicial.....	265
5.3.3 Uma Proposta para a Mandamentalização da Condenação no Sistema Processual Brasileiro.....	275
6 CONCLUSÕES.....	280
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	298

1 INTRODUÇÃO

A ação condenatória, que se apresenta como uma das possibilidades de realização das pretensões relativas ao direito obrigacional e exerce um decisivo papel na estrutura das ações processuais desperta a atenção de quem se atenha ao estudo do processo, exatamente porque registra uma característica que a faz diferente de todas as demais ações processuais: é a única que não realiza a pretensão do autor, pondo-se como uma fase que antecede a ação de execução, essa sim realizadora da pretensão.

Uma adequada percepção das condições que determinaram essa peculiaridade depende inicialmente do exame da própria ciência processual e do seu método. O caminho trilhado pela ciência parte do conhecimento já produzido, podendo realizar-se a partir da sua agregação ou, também, da substituição de antigos modelos aceitos pela comunidade científica. É por isso que o método tem uma essencial importância para as ciências, porque influencia decisivamente na produção do próprio conhecimento.

No tocante às ciências do espírito, uma das discussões que se estabeleceram refere-se exatamente à existência de um método próprio, que lhes seja adequado e peculiar. O que se assistiu foi uma incorporação do método específico das ciências da natureza que, todavia, revela-se incapaz de atender às múltiplas dimensões das ciências sociais, onde a inexatidão é a referência. Pretender conformar esse conhecimento a métodos que privilegiem a exatidão e o rigor equivale a tolher a própria ciência, impedindo o pleno desenvolvimento de sua dimensão epistemológica.

O paradigma trazido pelo Racionalismo, de construção de verdades que apresentassem uma validade universal, testáveis e bem definidas, serve ao tipo das investigações das ciências naturais. Sua incorporação pelas ciências do espírito que se consumou no final da Idade

Média produziu uma radical transformação no modo de compreensão da ciência processual, também dos seus institutos e da forma de atuação da jurisdição.

E, na contemporaneidade, é sempre curioso observar uma ciência que se propõe ao papel de realizadora de pretensões, como é o Direito Processual Civil e que mantém acesos institutos que pouco contribuem para o cumprimento dessa missão. A ação condenatória – importante presença no sistema das ações do Processo Civil – não se revela suficiente para a realização das pretensões que se apresentam e, mesmo assim, paira incólume entre os tradicionais institutos do Direito Processual.

Na verdade, a ação condenatória, uma herança da *condemnatio* romana, sustenta-se no sistema processual contemporâneo juntando grande parte da criação intelectual que informa o Direito Processual. Representa o produto de uma construção histórica, ideologicamente comprometida com o paradigma racionalista.

Para compreender a representatividade da ação condenatória para o Direito Processual Civil, é preciso considerar que a ciência processual, como a Ciência do Direito em todos os seus ramos, está assentada nesse paradigma. O jurista moderno mantém-se atrelado a uma concepção racionalista, compreendendo a Ciência do Direito como se entendem as ciências da natureza. Essa concepção faz com que busque fórmulas lógicas, quase matemáticas, elegendo o caminho indutivo como se os fatos da vida com que opera tivessem a mesma característica das ciências exatas.

Em nível de Direito Processual, esse fenômeno é ainda fortalecido a partir de construções autônomas e da criação de institutos *puros* que não se envolvem com a realidade, numa pureza sustentada no dogma do *processual*. Entre esses institutos está a construção da categoria das *ações processuais* e, mesmo, a apropriação da ação condenatória trazida do Direito Romano, sem a atenção que a necessária contextualização do instituto oferecia para os romanos.

O procedimento da *actio* romana veio ao direito moderno de modo mais ou menos isolado ou, pelo menos, sem fazer-se acompanhar de outros institutos romanos que permitiam o atendimento das pretensões naquele sistema. Desse modo, mantém-se um instituto processual que não realiza a pretensão do autor da ação, o que não é produto do acaso, mas

consequência dos compromissos ideológicos assumidos pelo processo e garantidos pela dogmática. A proclamada abstração do direito processual serve para a sustentação ideológica do sistema, porque o trata como a parte intangível, pura e que não pode ser contaminada pelo direito concreto e pelas relações que se estabelecem no plano material.

Também, nesse sentido, a construção histórica da condenação, fundada na idéia de jurisdição declarativa – o juiz diz, mas não faz, condena, mas não executa – e que termina por sustentar a criação da categoria das *ações processuais*, representa a subserviência do sistema a um paradigma de inspiração liberal que exalta o individual em detrimento do coletivo.

No entanto, existem outros mecanismos nos ordenamentos, orientados no sentido de conferir efetividade à tutela jurisdicional, destacando-se toda a atividade executiva, ainda que parte da doutrina permaneça insistindo em negar-lhe a qualidade de exercício da função jurisdicional. Os comandos mandamentais, garantidos através das medidas coercitivas, também se alinham nesse mesmo sentido e, juntamente com as ações de eficácia executiva, ilustram o processo contemporâneo, dando-lhe uma feição publicista, que recorda a atividade dos pretores romanos. Porém, a ideologização do sistema, sua subserviência a uma concepção liberal individualista e ao rigor do método, que é alimentada pela dogmática jurídica, não permite a natural aceitação desses mecanismos, também como realizadores das pretensões relativas ao direito obrigacional.

Então, o Direito Processual estabelece-se num método que busca escapar do estudo investigativo. Antes, existe a própria construção do mito da *vontade da lei*, evitando, a todo o custo, que o operador realize qualquer atividade cognitiva investigatória e interpretativa. A conformação exegética serve a esses propósitos pelo que se faz necessária sua superação, a partir da compreensão hermenêutica dos institutos processuais.

A hermenêutica pode trazer importante contribuição para o Direito Processual e para o estudo envolvendo a condenação, porque permite o desvelar de uma nova compreensão da forma procedimental romana, bem como da sua apresentação contemporânea. A partir da superação da hermenêutica tradicional, dos contributos da filosofia da linguagem e da compreensão de sua importância para o Direito Processual, é possível escapar do paradigma racionalista, entendendo que a linguagem é condição de possibilidade do ser, donde se conclui a condição humana de ser jogado no mundo.

O Direito não pode restar alheio a tais circunstâncias, e a desconsideração com que a Ciência Jurídica tradicional trata a linguagem reforça apenas a dogmática como um dos suportes de seus institutos. No Direito Processual verifica-se situação similar, agravada ainda mais pelo conceito da autonomia processual, que se torna perigosa, quando se afirma a sustentação dos institutos do processo, independentemente das relações materiais que o sustentam. Manter-se afastado da análise processual sob o enfoque hermenêutico possibilitou a criação de uma ciência demonstrativa, promovendo a ilusão de que o Direito Processual tenha o propósito de revelação de uma verdade, já previamente estabelecida pelo operador.

Entendendo que o próprio intérprete está inserido no mundo lingüístico, é possível perceber que não há uma “interpretação correta” de um fato ou de uma norma. Logo, a interpretação haverá de considerar outros aspectos, destruindo-se a simplista fórmula de que um intérprete iluminado diga a “inteligência” de determinado dispositivo processual e sua aplicação ao caso.

Assim sendo, a dimensão hermenêutica há de ser explorada, buscando-se, nesse campo da filosofia, o estabelecimento de novas possibilidades de compreensão da ciência processual, no rumo da superação do cartesianismo herdado das ciências da natureza. Nesse ponto, é preciso aceitar que não apenas a hermenêutica presta-se a esse desiderato. Diante de uma ciência que é essencialmente pragmática como o Direito Processual, a tópica pode contribuir para ultrapassar o método imposto, porque percebe que o *lugar* do observador e que as premissas adotadas na construção do pensamento também importam no resultado que se alcança.

Também contribui para esse mesmo propósito a retórica, que trata de obter a adesão de outrem e, assim, sustenta a argumentação, que também é da essência do direito processual. A retórica permite a adequada compreensão da trama que envolve o discurso jurídico, quando admite que a argumentação – que representa a dedução lógica do sistema – está sustentada em princípios primeiramente admitidos, ocupando-se de transformá-los de forma coerente.

Através da retórica pode-se alcançar a dimensão da lógica do razoável, em face do circunstancialismo concreto do problema e da concepção de que o discurso jurídico sustenta-se num processo de construção da persuasão, a partir de critérios de validade reconhecidos pelo grupo. Ou seja, também opera no sentido de reconhecer a relativização da verdade obtida

no processo. É por isso que a retórica e a argumentação podem contribuir para a superação do componente racionalista, na medida em que constroem o espaço do razoável e do plausível. Trazem uma nova forma de perceber os institutos processuais.

Os danos produzidos à ciência processual pela dogmática, distorcendo institutos e amoldando-os às conveniências ideológicas, aparecem evidentes na estruturação das ações, pelo tratamento dado à condenação que serviu e serve de sustentação à construção da categoria das ações processuais, contaminando outras demandas e dando-lhes apenas a feição declaratória. A propósito, é preciso compreender o alcance da sentença declaratória e os sustentadores da categoria da ação processual, empreendendo uma jornada que termine por fortalecer o compromisso com a democratização do processo. Nesse rumo, é necessário reconhecer a insuficiência da ação condenatória para o atingimento dos fins esperados pelo titular de pretensão relativa ao direito obrigacional.

A sentença condenatória está alicerçada em fundamentos históricos, comprometidos ideologicamente, que produziram a distorção dessa espécie de ação no processo contemporâneo. Percebida ainda no Direito Romano, a ação condenatória atravessou o tempo, convivendo no ordenamento processual atual. Essa herança, todavia, não produz resultado satisfatório, na medida em que o instituto veio ao processo moderno carregado daqueles componentes ideológicos que o justificavam no seu nascedouro. Veio o instituto, mas veio também a ideologia que o sustentou e criou.

Além disso, essa herança sofre a influência do Racionalismo e da concepção de exatidão de ciência, além das ideologias dominantes naquele período da cultura européia. Tudo isso produziu alteração na compreensão do instituto, tornando-o diferente daquele conhecido pelo Direito Romano.

E, assim, no Direito de hoje, não se encaixa a condenação romana.

O resultado disso é que a estruturação das ações nos tempos atuais não consegue alcançar ao processo mecanismos para realização dos direitos que a sociedade reclama. Contribui, ao invés, para o estabelecimento de conceitos e categorias inúteis que em nada auxiliam na efetiva prestação da tutela. É o caso da própria condenação que termina por realizar papel meramente declarativo de direitos, exigindo a adoção de processo posterior,

destinado à concretização da pretensão do autor. Por outro lado, fenômeno inverso apresenta-se na hipótese da sentença declaratória, para a qual o processo contemporâneo, em regra, não admite o efeito de permitir a execução.

O tema que se apresenta é um anúncio de uma nova compreensão da classificação das ações do processo civil e da própria categoria das ações processuais, dirigindo-se num rumo que permita o rompimento das amarras que mantêm o processo servil às doutrinas e ideologias que o construíram ao longo da história. Não se pretende, com isso, afirmar simplesmente que a ação condenatória possa ser expungida do ordenamento processual vigente. O instituto é bem firmado na estrutura das ações e o sistema processual encontra justificativas para sua manutenção. O próprio direito material, aliás, justifica a existência da ação condenatória, a partir da estruturação do direito das obrigações, especialmente do instituto da sanção.

O alargamento das relações obrigacionais, ainda que em novas conformações, especialmente informadas pela concentração do capital e formação de grandes grupos econômicos, com o estabelecimento de novas relações entre os indivíduos, justifica a adoção de medidas que possam valorizar a atividade jurisdicional, tornando-a capaz de ocupar seu efetivo papel na sociedade.

É preciso, assim, auxiliar o Direito Processual, alcançando-lhe meios que permitam escapar da concepção privatística que o informa e inaugurem uma efetiva feição publicística, acompanhando a evolução social e do próprio Direito. É o que recomenda a incursão pelo campo da mandamentalidade, buscando instrumentos que valorizem a atividade jurisdicional e que a façam, afinal, titular de autoridade que garanta sua imposição em face do individual, ultrapassando os limites que a história impôs ao Direito Processual.

2 DIREITO PROCESSUAL E MÉTODO: A NECESSIDADE DE ROMPIMENTO COM O RACIONALISMO

As ciências dependem dos seus métodos, que são indissociáveis da própria essência de qualquer campo do saber científico. O método adotado por uma ciência determina os rumos que tomará, na medida em que a forma de proceder afeta a conclusão científica. A própria epistemologia não pode ser compreendida sem a consideração do método que representa, assim, um componente da ciência.

A utilização de um ou outro método, de parte de uma ciência, determina o modo de formulação de seus problemas, a maneira de abordagem das questões que são objeto de investigação, o estabelecimento das hipóteses e, enfim, acaba por conduzir a sua evolução, também influenciando nas conclusões que se estabelecem.

Uma das discussões que se estabeleceram nos campos do saber científico refere-se, exatamente, à questão do método. As ciências têm características próprias e peculiares, não se podendo aceitar a idéia de que o saber científico é uno. As ciências naturais diferem das chamadas ciências do espírito, estas que são o produto da criatividade humana. As primeiras atêm-se aos fatos da natureza, aos acontecimentos naturais. As ciências do espírito, diferentemente, têm outra conformação, sendo distintas em seus propósitos e fundamentos. Isso demonstra que não é possível tratar-se igualmente esses campos do saber, que são distintos por sua natureza.

As ciências do espírito, e assim também o direito processual, operam a partir da compreensão, não se afeiçoando à descoberta ou à invenção, como ocorre nas ciências da natureza. Essa constatação representa um dos desafios para o Direito Processual

contemporâneo: perceber que o seu modo de operação, que o seu método, é distinto daqueles das ciências da natureza.

Não há, no campo das ciências do espírito, espaço adequado para a lógica e para a exatidão. No entanto, o proceder histórico demonstra uma tendência renitente de subjugação das ciências do espírito aos métodos das ciências exatas, o que acaba por comprometer a evolução e a realização dos propósitos dessas ciências. Mais do que isso, determina um proceder dogmático onde o culto pelo procedimento e pela forma ganha relevo, produzindo uma postura acrítica e não investigativa.

As ciências do espírito desenvolvem-se no campo da compreensão. A atividade científica é especulativa, não descobridora. É por isso que a pretensão de utilização dos métodos das ciências exatas, essas sim, inventivas, para aquelas do espírito, representa um aprisionamento dessas ciências. Assim também ocorre no direito processual, que padece ainda mais em face do seu caráter legalista. A uma ciência de leis sempre parece adequada a aplicação de métodos similares àqueles das ciências daqueles campos onde imperam as leis da natureza.

Quando se percebe que a compreensão é que conduz a ciência jurídica e também o direito processual, não há como estabelecer um método para esses campos do saber científico. A compreensão envolve o próprio ser, é condição de existência desse. E o mundo é mundo porque é compreendido. Assim, o mundo *é* na exata dimensão em que ocorre a compreensão, porque esse processo *é* o próprio ser.

Um dos fatores determinantes da concepção lógica, conferida ao direito processual, foi a sua reverência ao racionalismo, cujos métodos e formas de proceder foram incorporados pelas ciências. A busca pelo exato e pela certeza manteve-se atrelada à ciência processual, constituindo-se numa de suas exigências para seu desenvolvimento.

O paradigma racionalista representa um compromisso científico com a exatidão e com o rigor lógico: somente a partir de uma *racionalidade* o direito natural encontrava sustentação, exatamente quando procurava distinguir-se do absolutismo. O movimento de afirmação do antropocentrismo precisou firmar-se em bases que permitissem a sua oposição

ao teocentrismo. Decorre daí, então, a sedução pela lógica, que possibilitava a universalidade do direito e justificava o jusracionalismo.

A par da exatidão, também constituem marcas do racionalismo a exaltação da segurança jurídica e a aparente neutralidade do julgador, esta conferida pela sustentação do dogma da univocidade da norma jurídica.

A postura epistemológica da ciência processual, portanto, está vinculada a esse paradigma da precisão, que se afasta da compreensão, informada pelo razoável e pelo plausível, consolidando a idéia de univocidade do sentido da norma. Para realização desse propósito, o direito processual utiliza-se das formulações lógicas, comprometidas com princípios metafísicos e que ainda reverenciam a atemporalidade e a supra-espacialidade, propósitos típicos de uma postura que procurou conferir validade universal ao direito, consequência da necessidade de afirmação do antropocentrismo.

Quando se afirma a univocidade do sentido da norma, sob a justificativa de que é necessário conferir neutralidade à atuação da jurisdição, retira-se do julgador a possibilidade de crítica. Retira-se a *responsabilidade* da jurisdição que é transferida para quem elabora a norma. A norma é que é justa ou injusta, não a sua aplicação ao caso concreto. Então, a missão da jurisdição não encontra relação com a realização da justiça, na medida em que se trata, apenas, de *aplicar* a norma.

Esses propósitos também são atingidos a partir da valorização da segurança jurídica, que também é um dos componentes ideológicos, herdados do racionalismo: em nome da segurança jurídica afasta-se o objetivo de realização da justiça e da efetividade do processo que deixa de ser, assim, o ideal do processo, para desempenhar um papel secundário na ciência processual.

É a partir da aceitação de que o direito processual não obedece a critérios lógicos, que é uma ciência da compreensão e, também, do reconhecimento da necessidade de afastar-se dos aspectos metafísicos que informam o método adotado pelas ciências jurídicas que se poderá estabelecer um novo paradigma para essa ciência.

2.1 O MÉTODO DAS CIÊNCIAS DO ESPÍRITO E O DIREITO PROCESSUAL

As leis da natureza são diversas daquelas que provêm da moral. Essa constatação, de verificação simples e natural, conduz à distinção entre as ciências da natureza e aquelas que tratam das derivações da moral, produto do *espírito* humano. As primeiras cuidam das leis do necessário, daquilo que apenas acontece. As demais guardam as normas que revelam o querido e o desejado num tempo e num espaço.

As leis do espírito são o produto da atividade espiritual humana. São o produto da criação humana que, também, é diversa em sua natureza. O agir criativo do homem é um dos traços que o distingue dos demais animais e tem, como uma de suas características, a feição de infinitude: para a criação humana que se concretiza das mais diversas formas não há limitações.

A criação é um ato da vontade do homem, que o envolve em sua integral dimensão natural. Acontece a partir do ser físico, intelectual e emocional. É o produto das diferentes expressões do humano, não podendo ser quantificada, nem limitada a qualquer classificação. A criação consagra a diversidade. Assim, as ciências que provêm da criação do espírito são também diversas. Não se limitando a fatos e acontecimentos, sua diversidade está na mesma proporção daquela da atividade espiritual humana.

Essa diversidade é reconhecida por Radbruch que, depois de qualificá-las como leis do dever refere que “a cada atividade básica do espírito humano corresponde um tipo especial de leis do dever”¹. De fato, a lógica cuida do modo de pensar correto; a estética, da vivência da arte e da beleza. Todavia, aponta o autor, “o dever ético, que apresenta sua lei ao nosso querer e agir, é de natureza tríplice: as regras de um agir bom, adequado e justo produzem a moralidade, o costume e finalmente o direito”².

Inicialmente faz-se o costume, de onde originam-se a moral e o Direito. Esse aspecto conduz a uma tensão entre o ideal e a realidade, na medida em que se espera que a regra costumeira aconteça também no futuro. De fato, um dos históricos anseios dos juristas, e

¹ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1.

² Id-Ibidem.

ainda hoje presente, é de que se pudesse alcançar um direito perene, de validez universal e, porque não dizer, imutável.

Não é possível alcançar-se tal ideal. O Direito é uma ciência do espírito que, além de ilimitado porque ilimitada é a atividade criativa do homem, também toca na realidade. O Direito encosta-se na vida e imiscui-se nela, como se fossem líquidos miscíveis. Também, por isso, não escapa da dinamicidade e profunda mutabilidade.

Como afirma Brutau, “seria preciso que na vida social não irrompessem jamais novos fatos para que pudesse lograr existência um Direito cujo caráter ideal fosse o de estar formulado de uma vez para sempre”³.

É possível estabelecer a mesma conclusão em relação ao Direito Processual: apenas se fosse possível conter a vida é que se poderia falar num Direito Processual também contido numa validade universal e temporal.

Exatamente porque inserido numa realidade dinâmica, mutável e complexa, o Direito Processual reclama sempre novas formulações, sendo a *atividade* o seu caráter essencial. Aliado a tal aspecto some-se o caráter criativo que lhe confere sua natureza. É por isso que, no Direito, não cabem as deduções lógicas.

Além disso, o abandono da lógica tradicional, nas ciências do espírito, encontra justificativa também no fato de que o Direito se depara com a questão das noções lingüísticas, que são as representações gerais conferidas pelo filósofo da linguagem. Nesse sentido, Cassirer afirma que “a forma que conduz aos conceitos verbais primários e a determinadas denotações lingüísticas não é prescrita de modo simples e unívoco pelo próprio objeto, mas, ao contrário, abre um amplo campo de ação para a livre atividade da linguagem [...]”⁴.

Costuma-se diferenciar ciência jurídica da ciência do direito. A primeira, *ciência jurídica*, designa “a ciência que trata do direito com os métodos especificamente chamados

³ BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Tradução de Lenine Lequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 20.

⁴ CASSIRER, Ernst. **Linguagem e Mito**. Tradução de J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992b. p. 43.

jurídicos”⁵, podendo ser definida também como a “ciência do sentido objectivo do direito ou de qualquer ‘ordem jurídica’ positiva”⁶.

Compreende-se por *ciência do direito* aquela que se ocupa do confronto do ordenamento com as questões que se apresentam ou, no dizer de Larenz, “aquela ciência que se confronta com a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado”⁷.

Quando se busca compreender o método das ciências do espírito e sua relação com o direito processual, é preciso estabelecer as peculiaridades da ciência que cuida da ordem jurídica positiva, mas também, considerar a maneira como se aplica esse ordenamento na solução das questões jurídicas propostas.

2.1.1 A Influência do Método no Desenvolvimento do Saber Científico

Dentre as tantas discussões enfrentadas pela ciência jurídica, certamente uma das que resta em permanente efervescência refere-se à questão do método. O método, cada vez mais, ganha importância nas ciências. Por vezes, a questão metodológica abarca inclusive espaços que, tradicionalmente, foram reconhecidos como próprios da esfera da epistemologia. Nesse sentido, Warat aponta que

Hemos llegado a un punto en donde la postura metodológica se confunde con la postura epistemológica. Replantear una historia del pensamiento científico que nos muestra en que condiciones ciertos principios conducen, determinadas objetivaciones, es, al mismo tiempo una necesidad interna para la producción de un método y un momento externo que ilumina los presupuestos metafísicos que originan perfiles metodológicos específicos.⁸

⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 227.

⁶ Idem, p. 228.

⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução da 6ª edição de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 1.

⁸ WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: O Sonho Acabou**. Florianópolis: Boiteux, 2004a. p. 191. “Chegamos a um ponto onde a postura metodológica confunde-se com a postura epistemológica. Reconstruir uma história do pensamento científico que nos mostra em que condições certos princípios conduzem a determinadas objetivações é, ao mesmo tempo, uma necessidade interna para a produção de um método e um momento externo que ilumina os pressupostos metafísicos que originam perfis metodológicos específicos” (tradução livre do autor).

A importância do método para a ciência está no fato de que a forma procedimental conduz e determina a sua própria essência. Conduz, em última análise, ao próprio ser científico.

E é inerente a toda a ciência o desenvolvimento de modos de proceder e de atuar que constituem a sua metodologia, indissociável dela mesma. Como refere Larenz, “a metodologia de qualquer ciência é, antes do mais e em primeiro lugar, a reflexão desta ciência sobre o seu próprio proceder, sobre os modos de pensamento e meios de conhecimento de que lança mão”⁹.

Num tempo em que a sociedade moderna assiste a uma redefinição do conceito de ciência, em que a tecnologia desenha novos rumos para as ciências naturais, pondo em dúvida conceitos que até então eram tidos como incontestes, a questão do método das ciências ganha nova conformação, inclusive para as ciências da natureza. O próprio dualismo metodológico fundado no positivismo poderá ser reconsiderado e, quiçá, resolver-se numa futura aproximação das ciências naturais às ciências sociais.

Retornando ao pensamento de Warat, considera ele que a prática metodológica necessita ser complementada dialeticamente com uma razão metodológica. A racionalização da experiência metodológica é exatamente sua epistemologia. Para o autor, o próprio conceito de epistemologia compreende essa dimensão, já que trata do campo teórico em que se realiza a produção do saber. Assim, o autor refere que “en otras palabras, la epistemología sería el campo teórico donde se produce el saber sobre el objeto metodológico”¹⁰.

Então, método e *episteme* não representam exatamente o mesmo conceito, mas estão intimamente ligados, indissociáveis que são. Se a ciência perde o seu método, então já não é mais a mesma ciência, porque separada de parte da sua essência. Nesse preciso sentido, Larenz sustenta que “a reflexão sobre este procedimento não ocorre em separado da sua aplicação, mas acompanha-a ou segue-a de imediato e está na mais estrita conexão com a ciência em causa”¹¹.

⁹ LARENZ, op. cit., p. 1

¹⁰ WARAT, op. cit., p. 191. “Em outras palavras, a epistemologia seria o campo teórico onde se produz o saber sobre o objeto metodológico” (tradução livre do autor).

¹¹ Partindo do conceito atribuído à metodologia, como a reflexão sobre o próprio procedimento, o autor estabelece a inseparabilidade da metodologia da própria essência da ciência (LARENZ, op. cit., p. 339).

O estabelecimento de um método próprio para cada ciência constituiu-se numa discussão que ocupou cientistas e filósofos, ao longo da história. No entanto, a questão do método das ciências não se apresenta como uma discussão simples. Acerca disso, Popper refere que “A doutrina de Wittgenstein resulta da tese de que todas as afirmativas genuínas (e portanto todos os problemas genuínos) podem ser classificados em uma de duas classes exclusivas: as afirmativas factuais (*sintéticas “a posteriori”*), pertencentes às ciências empíricas, e as afirmativas lógicas (*analíticas “a priori”*), pertencentes exclusivamente à lógica formal ou à matemática”¹².

O mesmo autor reconhece que, embora para uma descrição superficial, se admita essa afirmação, “essa dicotomia simples é simples demais para muitos propósitos”¹³. Porém, essa dicotomia orientou o proceder científico produzindo efeitos indeléveis, especialmente para as ciências do espírito.

Aliás, é possível mesmo encontrar em Popper uma das justificativas para a equivocada percepção com que o mundo científico tratou as ciências do espírito. Popper afirma que reside no *pensamento dogmático* um dos norteadores do pensar científico. Assim, diz que “Nossa inclinação para procurar regularidades e para impor leis à natureza leva ao fenômeno psicológico do *pensamento dogmático* ou, de modo geral, do comportamento dogmático: esperamos encontrar regularidades em toda parte e tentamos descobri-las mesmo onde elas não existem; os eventos que resistem a essas tentativas são considerados como “ruídos de fundo”; somos fiéis a nossas expectativas mesmo quando elas são inadequadas – e deveríamos reconhecer a derrota”¹⁴.

O avanço do conhecimento científico ocorre a partir do que já existe. A jornada já empreendida não é, em regra, desprezada, mas faz parte do contexto que permitirá a produção do conhecimento. Exceto nos momentos em que se estabelecem as denominadas *revoluções*

¹² POPPER, Karl Raymund. **Conjecturas e Refutações**. Tradução de Sérgio Bath. 4. ed. rev. Brasília: Universidade de Brasília, 1992. p. 102.

¹³ Id-Ibidem.

¹⁴ Idem, p. 78.

*científicas*¹⁵, o conhecimento científico tem natureza cumulativa, em que o conhecimento já produzido constitui-se num pressuposto para o novo. É ainda Thomas S. Kuhn quem traz o exemplo que bem ilustra essa questão: “O cientista ou filósofo, que pergunta que medições ou impressões da retina fazem do pêndulo o que ele é, já deve ser capaz de reconhecer um pêndulo quando o vê”¹⁶.

Há ainda um outro aspecto, que tem especial importância para a formulação apresentada, que se refere ao fato de que na ciência jurídica, diferentemente das ciências da natureza, as revoluções científicas não têm a mesma significação. A ciência jurídica não avança de modo igual às demais áreas do conhecimento científico, como nenhuma ciência é igual à outra e registra suas próprias peculiaridades.

Nessa dimensão, pode-se recuperar a afirmação de Biondi, quando destaca que “formule e rigore sono fatte per le leggi di natura, che per postulato sono inflessibili e rigide, ma non per la realtà sociale che è così mutevole e varia da escludere ogni rigidità: il fenomeno giuridico è ben diverso dal fenomeno naturale”¹⁷. E, prosseguindo, indaga Biondi: “Dobbiamo forse percorrere a ritroso la storia della nostra scienza?”¹⁸.

Os juristas não inventam. Também não descobrem nada de novo, porque a ciência com que lidam não é uma ciência da descoberta ou da invenção. É, antes, uma ciência da especulação, uma ciência da compreensão. Aceitar essa característica constitui pressuposto fundamental na formulação de uma ciência processual, capaz de responder às exigências da sociedade contemporânea, o que também se traduz na sua capacidade de acompanhar a evolução do mundo moderno.

¹⁵ Thomas Kuhn define revoluções científicas como os “episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior” (KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 125).

¹⁶ Idem, p. 165.

¹⁷ BIONDI, Biondo. Universalità e Perennità della Giurisprudenza Romana. In: **L’Europa e il Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1954. Vol. II. p. 399. “Fórmulas e rigor são feitos para as leis da natureza, que por essência são inflexíveis e rígidas, mas não para a realidade social que é assim mutável e varia excluindo a rigidez: o fenômeno jurídico é muito diferente do fenômeno natural” (tradução livre do autor).

¹⁸ Idem, p. 400. “Deveremos talvez retroceder na história da nossa ciência?” (tradução livre do autor).

2.1.2 Compreensão e Ciência Processual: Conceitos Inseparáveis

O caráter especulativo, peculiar das ciências do espírito, pode ser facilmente constatado a partir da comparação com os institutos próprios das ciências naturais. Ao justificar o progresso da ciência e partindo da consideração do problema a partir da ótica das ciências naturais, Popper afirma que “nosso progresso pode ser melhor aquilatado se compararmos nossos velhos problemas com nossos novos. Se o progresso que tem sido feito for grande, então os novos problemas serão de um caráter não antes sonhado. Existirão problemas mais profundos; e além disso, existirão em maior número. Quanto maior for o progresso em conhecimento mais claramente discerniremos a vastidão de nossa ignorância”¹⁹.

Nesse mesmo sentido, Bachelard situa o conhecimento científico em sua dimensão histórica e, mesmo reconhecendo que a história humana possa representar um eterno recomeço, sustenta que existem

[...] pensamentos que não recomeçam; são os pensamentos que foram rectificadados, alargados, completados. Eles não voltam à sua área restrita ou pouco firme. Ora, o espírito científico é essencialmente uma rectificação do saber, um alargamento dos quadros do conhecimento. Julga o seu passado histórico condenando-o. A sua estrutura é a consciência dos seus erros históricos.²⁰

Essa retificação do conhecimento, então, representa a forma de avanço do saber científico: a partir do reconhecimento dos erros anteriores, produz-se o conhecimento novo. Porém, não é possível a generalização dessa mesma conclusão para a ciência jurídica.

Na ciência jurídica, o *divisar o passado* não demonstra a vastidão da ignorância anterior. Apenas poderá mostrar as diferentes formas de raciocínio e de operação jurídicas, considerados apropriados para determinado momento histórico, mas que, muitas vezes, estão presentes no tempo atual. Reconhecendo tal aspecto, Brutau diz que “em tema de direito, é uma verdade que o passado jamais poderá ser superado por completo. O que parece mais

¹⁹ POPPER, Karl Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Universidade de Brasília, 1978. p. 54.

²⁰ BACHELARD, Gaston. **O Novo Espírito Científico**. Tradução de Antônio José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 120.

distante, encarnado em determinadas circunstâncias históricas, é uma realidade que opera igualmente no presente”²¹.

E, ainda, essa presença da verdade passada, no tempo atual, pode acontecer de formas diversas, pode expressar-se das ilimitadas formas que a criatividade humana permite. Além disso, os problemas da ciência jurídica não se tornam mais profundos. Podem ser, é verdade, diversos daqueles de outras épocas, tendo outra conformação. E o aumento do número de problemas decorre da ampliação do número de demandas, da maior complexidade das relações sociais. Isso não significa, todavia, uma ignorância absoluta no saber jurídico de antanho.

A ciência jurídica sustenta-se num saber diferente daquele das ciências exatas, que não se faz pela descoberta, mas pela compreensão. Admitem-se diferentes formas de compreender a realidade e os institutos jurídicos, mas não se descobrem novas fórmulas ou novos institutos, como fazem as ciências da natureza.

Assim também deve ocorrer com o direito processual, que se concretiza na vida, dentro de um contexto cultural, social e econômico.

A natureza da ciência processual faz dela uma ciência que avança a partir da adoção de novas perspectivas e de novas maneiras de compreender o mesmo fato jurídico, que se apresenta maleável, como tal é a própria história humana. Em tempos diferentes e contextos sociais diversos, o mesmo tratamento dado a uma situação jurídica pode ser percebido de formas totalmente distintas. Como exemplifica Ovídio Baptista da Silva,

[...] se examinássemos, hoje, as atas de um julgamento em que, ao tempo do Brasil imperial, o juiz condenara ao açoite o escravo fugitivo, certamente ficaríamos surpresos com a clamorosa injustiça da sentença ou daquelas discriminatórias instituições jurídicas, que permitiam um ato de tamanha brutalidade contra um ser humano. Aos olhos dos contemporâneos, porém, ela seria, no mínimo, aceita com naturalidade, quando não recebida como uma expressão de “direito natural”.²²

²¹ BRUTAU, op. cit., p. 111.

²² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: o Paradigma Racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004b. p. 268.

Os novos problemas do direito processual não decorrem simplesmente da evolução operada por ele próprio. Decorrem, antes, das novas relações que se estabelecem, sociais, econômicas e políticas. Na verdade, são conseqüências das novas demandas que se apresentam, em face da evolução social. Por esse prisma, pode-se dizer que não são os seus *problemas* que são novos. Novas são as exigências que a sociedade apresenta continuamente.

Numa sociedade em constante mutação, onde as dimensões econômicas, políticas e culturais interagem constantemente e de modo imprevisível, é natural que se apresentem demandas diferentes ao Direito Processual, decorrentes da simples volubilidade contextual.

É possível, assim, afirmar que os juristas não descobrem nada de novo, apenas compreendem o fenômeno jurídico em suas diferentes dimensões. Nessa linha, o pensamento jurídico reveste-se de um caráter específico, de uma causalidade específica, que decorre da conexão estabelecida pela hipótese legal e da conseqüência jurídica estabelecida pelo legislador.

Essa causalidade confere um caráter peculiar à ciência jurídica e também ao Direito Processual porque, como reconhece Engisch,

[...] a causalidade jurídica (a circunstância de um facto arrastar consigo efeitos de Direito), baseia-se na determinação da lei e, por isso, pode ser livremente modelada por ela: o Direito pode coligar a quaisquer factos quaisquer conseqüências jurídicas.²³

Tal aspecto também reforça a idéia de que não há inovação na ciência processual, mas apenas compreensão. Não há como descobrir nada de novo, quando o todo é o produto da própria modelação legal, produto da atividade humana.

Retornando à necessidade da consideração histórica, é interessante observar que a análise epistemológica não pode realizar-se sem tal inserção, que se traduz num precioso instrumento para o saber científico, como refere Thomas S. Kuhn, quando justifica a necessidade da análise epistemológica a partir da perspectiva histórica:

²³ ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 60.

O que me desviou tardiamente da física e da filosofia para a história foi a descoberta de que a ciência, quando encontrada nas fontes históricas, parecia ser um empreendimento muito diferente do que está implícito na ciência pedagógica e explícito nas explicações filosóficas padronizadas do método científico. Constatei com surpresa que a história podia ser importante para o filósofo da ciência e também para o epistemólogo de um modo que transcendia o seu papel clássico como fonte de exemplos para posições previamente ocupadas. Isto é, podia ser uma fonte particularmente conseqüente de problemas e de compreensão.²⁴

A importância da dimensão histórica para a epistemologia assenta no pressuposto de que a construção do conhecimento ocorre a partir daquilo que já foi produzido pela humanidade. Não há, assim, conhecimento a partir da niilidade. É somente a partir do conhecimento existente que se estabelece o avanço científico. Esse aspecto também é percebido por Vattimo, que vincula a idéia de progresso à própria história, quando refere que “la condición para concebir la historia como realización progresiva de la humanidad auténtica estriba en que pueda ser vista como um proceso unitario. Sólo si existe *la* historia se puede hablar de progreso”²⁵.

Vattimo, porém, identifica um ponto de encontro entre o moderno saber das ciências da natureza com as ciências do espírito, que é exatamente a possibilidade que ambas têm de constituir seu objeto de estudo:

Si, de hecho, es cierto en general que las ciencias, en su forma moderna de ciencias experimentales y “técnicas” (manipuladoras del dato natural), *constituyen* su objeto en lugar de explorar lo “real” ya constituido y ordenado, esto mismo se aplica muy especialmente a las ciencias humanas.²⁶

A diversidade das ciências do espírito, em relação àquelas da natureza, expressa-se por formas também diversas. Dentre as características das ciências do espírito, que fazem sua distinção, Vattimo destaca que

²⁴ KUHN, Thomas S. **A Tensão Essencial**. Tradução de Rui Pacheco. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 30.

²⁵ VATTIMO, Gianni. **La Sociedad Transparente**. Traducción de Teresa Oñate. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990. p. 74. “A condição para conceber a história como realização progressiva da humanidade autêntica fundamenta-se em que possa ser vista como um processo unitário. Somente se existe a história pode-se falar de progresso” (tradução livre do autor).

²⁶ Idem, p. 89. “Se, de fato, é certo que em geral as ciências, em sua forma moderna de ciências experimentais e técnicas (manipuladoras do dado natural), constituem seu objeto em lugar de explorar o “real” já constituído e ordenado, isso mesmo aplica-se muito especialmente às ciências humanas” (tradução livre do autor).

[...] no se limitam a afrontar de un modo distinto un fenómeno externo: el hombre e sus instituciones, dado desde siempre; sino que, además, resultan ellas mismas posibles, tanto por lo que se refiere a su metodología propia, como por cuanto concierne a su ideal cognoscitivo, sólo por el modificarse de la vida individual y social; por el darse concreto de un modo de existir social que se plasma, por su parte, directamente, en las modernas formas de comunicación.²⁷

No entanto, a ciência jurídica tem ainda um aspecto peculiar que a distingue das demais ciências do espírito: é o seu caráter legalista, ou seja, o fato de que a ciência jurídica “é uma ciência de leis”²⁸. Esse aspecto torna mais intenso o confronto dessa ciência do espírito com as ciências da natureza, também essas caracterizadas pelo mesmo *caráter legalista*. As ciências da natureza informam-se pelas leis da natureza. Igualmente, a ciência jurídica possui as suas leis e, talvez, essa circunstância também tenha sido a responsável pela naturalidade com que se aceitou o método das ciências da natureza na ciência jurídica.

Em relação ao Direito Processual, esse efeito ainda é potencializado a partir do mito da abstração das leis processuais, o que o torna mais susceptível de acomodação dos métodos das ciências exatas.

A propósito, Larenz atribui ao neokantismo o mérito de reconhecer que “o Direito tem inerente, pelo seu próprio “sentido”, uma pretensão de “rectidão”, quer dizer, de “justiça”, de tal modo que ele tem de se deixar medir por ela, para ver em que medida satisfaz essa pretensão”²⁹. Somente a partir da consideração desse aspecto é que se pode compreender a discussão metodológica que atualmente se trava em relação à ciência jurídica.

Nesse aspecto, esse caráter legalista é complementado pela pretensão de realização da justiça, que reclama a construção de uma metodologia própria, capaz de atender a essas necessidades do Direito Processual.

O Direito Processual também não pode manter a pretensão de escapar da valoração, que é inerente à sua própria essência. Pretender a formação e o desenvolvimento de uma

²⁷ VATTIMO, op. cit., p. 89. “não se limitam a afrontar de um modo distinto um fenómeno externo: o homem e suas instituições, dados desde sempre; senão que, ademais, resultam elas mesmas possíveis, tanto pelo que se refere à sua metodologia própria, como por quanto corresponde a seu ideal cognoscitivo, somente pela modificação da vida individual e social; pelo dar-se concreto de um modo de existir social que se transforma, de sua parte, diretamente, nas modernas formas de comunicação” (tradução livre do autor).

²⁸ ENGISCH, op. cit., p. 15.

²⁹ LARENZ, op. cit., p. 161.

ciência, distante desse propósito, implica legitimar o autoritarismo, desviando-se assim de seu efetivo papel. Como afirma Warat,

Uma ciência responsável não é a que neutraliza os valores do homem, a que se apresenta valorativamente neutra para estabelecer um determinismo valorativo na sociedade, e sim aquela que, desenvolvendo um conhecimento crítico contra o autoritarismo, levanta questões que comprometem o homem com a democracia.³⁰

O propósito de afirmação de uma ciência neutra somente encontra justificativa numa visão esmaecida, incapaz de perceber todos os componentes que informam a ciência jurídica, gestada e desenvolvida a partir de relações de força e poder, também percebidas por Warat, quando aponta que

O cerne do deslocamento epistemológico não é dado nem pelo primado da razão sobre a experiência, nem da experiência sobre a razão, mas pela supremacia da política sobre a razão e sobre a experiência. É neste sentido que a compreensão das condições de possibilidade das ciências sociais exige a explicitação das relações de força, formadoras de domínios de conhecimento e sujeitos como efeitos do poder e da significação.³¹

Essas relações de força e poder precisam ser compreendidas pelo Direito Processual e a discussão em torno do método deve observar tal dimensão, considerando a natureza de *legalidade*, que é de sua própria essência.

Tal natureza, traduzida como a busca de validade universal, similar a das leis naturais, pode conduzir à tendência de utilização dos métodos exatos, a partir das expectativas da comunidade científica. Engisch compara as leis da ciência jurídica às regras e leis que se apresentam ao artista e representam, para ele, as formas, que poderão ser utilizadas para o preenchimento de seus conteúdos pessoais.

Todavia, no caso da ciência jurídica – ao contrário das regras do artista – espera-se que as regras contenham a mesma validade universal que se busca das leis da natureza. Como reconhece Engisch, “das leis que regem o Direito e através das quais este impõe o seu domínio se aguarda sempre aquela validade universal que se espera das verdades e das leis da

³⁰ WARAT, op. cit., p. 108.

³¹ Idem, p. 139.

natureza. E ficamos profundamente decepcionados quando não a encontramos”³². Diante do Direito Processual, o jurista convive com essa decepção, quando espera dele que possa trazer respostas exatas e soluções lógicas aos problemas e pretensões que se apresentam, esquecendo-se de que, no Direito, as regras assimilam-se àquelas que se apresentam ao artista. Dependem, portanto, do espírito, do agir criativo e da própria dinamicidade da vida, não podendo restar atreladas a conformações de validade universal.

Essa decepção é combatida através de instrumentos e mecanismos desenvolvidos pela própria ciência, representados especialmente pela dogmática. O desejo pela forma, a busca pelo exato e a expectativa de validade universal fazem o Direito Processual ritualizar-se e conduzem ao desenvolvimento de postura acrítica, pela aceitação de verdades tidas como absolutas. A lei, nesse caso, tem um papel decisivo. A propósito, vale observar o pensamento de Wach que, depois de referir que a função judicante representa-se pela descoberta da lei aplicável, a partir da dedução do estado das coisas, termina concluindo que o juiz não cria direito sem que haja direito existente e que “la ley habla por su boca”³³. É a perfeita redução do juiz ao papel de simples aplicador das determinações do legislativo, retirando-se a atividade discricionária e cumprindo os propósitos da ideologia mercantilista, numa perspectiva liberal-individualista, através do dogma da ciência.

Observe-se que Popper percebe o perigo da dogmática e da ritualização da ciência, afirmando, inclusive, que “o pensamento dogmático, o desejo incontrolado de impor regularidades e o prazer manifesto com ritos e a repetição *per se* caracterizam os primitivos e as crianças; a grande experiência e maturidade criam, algumas vezes, uma atitude de cautela e de crítica, em vez do dogmatismo”³⁴.

O debate que atualmente se trava no campo das ciências do espírito, a partir da discussão metodológica, pode contribuir para limitar a dogmática ao seu efetivo papel e para tornar esses campos do conhecimento transparentes mais próximos, portanto, do efetivo cumprimento de seu papel. Nessa linha, Vattimo afirma que “el debate *metodológico*, que ocupa un tan considerable espacio en las ciencias humanas de hoy, constituye para ellas un

³² ENGISCH, op. cit., p. 15.

³³ WACH, Adolf. **Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana**. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1958. p. 114. “a lei fala pela sua boca” (tradução livre do autor).

³⁴ POPPER, op. cit., 1992, p. 79.

momento no sólo instrumental o preliminar, sino central o substancial: contribuye, por lo menos, a desdogmatizarlas, a que se vuelvan fábulas conscientes de ser tales”³⁵.

Não se pretende sustentar que a dogmática desempenhe apenas um papel nefasto, inclusive para o Direito Processual. O saber dogmático também exerce uma função de regulação científica, que não pode ser desprezado, nem mesmo pelas ciências do espírito. A dogmática conserva, pelo menos, um componente de organização que não deve ser dispensado.

Com efeito, a ordenação cartesiana não se presta a informar as ciências do espírito, nem mesmo o seu método, que é da compreensão. Porém, tem valia e empresta esse caráter pedagógico à ciência, tornando mais fácil o seu entendimento. Ao justificar tal sustentação, Bachelard destaca a ruptura entre o espírito científico moderno e o simples “espírito de ordem e classificação”. Nas ciências do espírito, os métodos exatos contribuiriam, no máximo, para a adequação deste último, razão pela qual justifica que a dogmática não é de todo inadequada:

Se por um momento nos concederem que as regras cartesianas para a direcção do espírito já não correspondem às múltiplas exigências da pesquisa científica tanto teórica como experimental, não deixarão, no entanto, de nos objectar que regras e conselhos conservam sem dúvida um valor pedagógico. Mas ainda aqui temos de insistir na ruptura entre o verdadeiro espírito científico moderno e o simples espírito de ordem e de classificação. É preciso igualmente distinguir bem o espírito científico *regular* que anima o laboratório de pesquisas e o espírito científico *secular* que encontra os seus discípulos no mundo dos filósofos. Assim, se se trata de ensinar a ordem nas notas, na clareza na exposição, a distinção nos conceitos, a segurança nos inventários, nenhuma lição é mais frutuosa que a lição cartesiana. Ela basta amplamente para ensinar esse espírito de método preciso e objectivo que dá a toda a taxologia (histórica e literária) o direito ao tom dogmático, ao mesmo tempo em que as ciências matemáticas e físicas se exprimem com uma prudência acrescida.³⁶

Isso não quer dizer que seja de admitir o método cartesiano às ciências do espírito. A própria formulação de Bachelard, aliás, recusa tal procedimento, bem se referindo que a lição cartesiana dá o *tom dogmático* e não mais do que isso. A vantagem por ele descrita, de objetividade e clareza, não pode ser entendida como regra de procedimento, exatamente porque o direito processual não se conforma às regras cartesianas. É produto do espírito criativo que não se pode conter em regras estanques.

³⁵ VATTIMO, op. cit., p. 108. “o debate metodológico, que ocupa um considerável espaço nas ciências humanas de hoje, constitui para elas um momento não apenas instrumental ou preliminar, mas central ou substancial: contribui, pelo menos, a desdogmatizá-las, a que se tornem conscientes de ser tais” (tradução livre do autor).

³⁶ BACHELARD, op. cit., p. 104.

Talvez bem resuma a questão o pensamento de Zaccaria³⁷, quando aponta o equívoco de considerar-se o direito um “produto acabado”, o que também decorre da utilização do método das ciências naturais. O direito não é algo acabado, ou que deva ser reproduzido. Precisa, antes, ser compreendido numa atividade interpretativa que é contínua e que não pode estar limitada a um método definido. Limitar o direito processual a um método significa limitá-lo enquanto ciência, impedindo que cumpra o seu efetivo papel.

Para Gadamer, a compreensão, para o conhecimento histórico, torna-se dificultada pela concepção de método: a ciência jurídica não pode quedar-se às proposições cartesianas, sob pena de produzir um conhecimento dissociado dos seus propósitos. É por isso que afirma:

A ciência moderna, que escolheu esse lema, segue assim o princípio da dúvida cartesiana de não aceitar por certo nada sobre o que exista alguma dúvida, e a concepção do método, que faz jus a essa exigência. Já em nossas considerações iniciais tínhamos apontado para a dificuldade de se pôr em consonância o conhecimento histórico, o qual também forma a nossa consciência histórica com esse ideal, e da dificuldade que surge daí de compreendê-lo em sua verdadeira essência, a partir do moderno conceito de método.³⁸

A compreensão de que, nas ciências do espírito, a produção do conhecimento não pode observar o método das ciências da natureza conduz à necessária desdogmatização, que se apresenta como o triunfo da noção de investigação sobre os modelos retóricos da historiografia, que Vattimo conclui liquidar “criticamente el mito de la transparência”³⁹, a partir da adoção de uma posição menos ideológica diante da experiência de mundo.

³⁷ Giuseppe Zaccaria refere que “l’errore della metodologia giuridica del positivismo tradizionale, ancora seguita, nonostante le apparenze, da molta parte della cultura giuridica, è nel concepire e presentare il diritto nell’assetto idealizzato e conclusivo di “prodotto finito” e nell’intendere l’applicazione come il riprodurre, in tutti i casi sussumibili sotto una determinata norma, un significato già compiutamente dato una volta per tutte. La soluzione offerta dal positivismo giuridico normativo assume un concetto di diritto tutto incluso nel *dato* legislativo, e costretto a tradurre i momenti valutativi, su cui largamente incidono fattori extralegali, nella finzione della soluzione prestabilita” (ZACCARIA, Giuseppe. **L’arte dell’interpretazione** – Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea. Padova: CEDAM, 1990. p. 88). “o erro da metodologia jurídica do positivismo tradicional, ainda seguida, inobstante as aparências, pela maior parte da cultura jurídica, é no conceber e apresentar o direito no assento idealizado e conclusivo de “produto acabado” e ao compreender a aplicação como a reprodução, em todos os casos subsumíveis sob determinada norma, um significado já aceito dado uma vez por todas. A solução oferecida pelo positivismo jurídico normativo assume um conceito de direito todo compreendido no dado legislativo, e constrito a traduzir os momentos valorativos, acerca dos quais incidem fatores extralegais, na ficção da solução preestabelecida” (tradução livre do autor).

³⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 408.

³⁹ VATTIMO, op. cit., p. 109. “criticamente o mito da transparência” (tradução livre do autor).

Significa, ainda, reconhecer que o saber representa-se pela busca do situar-se a uma distância crítica, que se aceita como algo em transformação, não pretendendo nunca se constituir na própria essência do conhecimento científico.

Assim, a apreensão do saber, que constitui o aprendizado, tem a característica de cada comunidade científica, o que termina por garantir a continuidade da forma própria de pensar e de agir cientificamente, que caracteriza essa comunidade. Thomas S. Kuhn escreve que o estudante de disciplinas como História, Filosofia e demais Ciências Sociais, o profissional adquire sua primeira formação através da literatura dos manuais, com leituras paralelas de fontes originais sobre os “clássicos” da disciplina. Conclui, então, que

[...] o estudante de cada uma dessas disciplinas é constantemente posto a par da imensa variedade de problemas que os membros de seu futuro grupo tentarão resolver com o correr do tempo. Mais importante ainda, ele tem, constantemente, frente a si, numerosas soluções para tais problemas, conflitantes e incomensuráveis – soluções que, em última análise, ele terá que avaliar por si mesmo.⁴⁰

No caso do direito processual – uma ciência de leis – o estudante está posto diante das numerosas soluções que se apresentam, mas que pela dogmática jurídica e absorção do método das ciências naturais, aparecem-lhe como soluções exatas: soluções certas ou soluções erradas.

Esse dualismo constitui-se num dos pecados do direito processual contemporâneo: a espera pelo certo ou errado produz, de um lado, o esforço para o exaurimento das possibilidades processuais – está aí a prová-lo o uso continuado dos recursos – e, de outro, traz a decepção, consequência da natural constatação da inexistência de uma solução certa ou errada. Essa decepção acaba por reforçar a convicção de que o direito processual é incapaz de resolver os reclamos sociais. Depois de criticar a fundamentação no dualismo metódico de ser e dever-ser, Kaufmann repele a dedução para as ciências jurídicas, afirmando que “Se tal fosse possível, determinar o direito através da pura dedução, então existiria, de facto, para cada questão jurídica, apenas *uma* resposta correcta”⁴¹.

⁴⁰ KUHN, op. cit., p. 207.

⁴¹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 185.

A plausibilidade da solução. É esse o reconhecimento que o Direito Processual precisa fazer, percebendo que não há *a* solução correta para o problema apresentado. Para alcançar esse propósito, todavia, precisa livrar-se dos fantasmas das ciências exatas, admitindo a sua natureza diversa.

Como alerta Kaufmann,

[...] também no domínio do jurídico, e do normativo em geral, existem critérios de evidenciação e falsificação, de experiência e observação (ainda que somente em sentido figurado), de clarificação e de argumentação racional, de intersubjectividade e de universalidade, que permitem falar, aqui, de conhecimentos verdadeiros (correctos), apesar de, evidentemente, só em casos raros estarmos perante uma única solução verdadeira, *a* verdadeira solução, visto não dispormos da capacidade hercúlea de Dworkin; de um modo geral, a solução é “adequada”, “plausível”, “defensável”, ao lado de outras soluções também elas “defensáveis”.⁴²

Esse, talvez, represente um dos grandes desafios para o jurista da modernidade: num mundo onde a tecnologia ganha cada vez maior espaço, numa crescente tendência à precisão, o Direito Processual precisa assumir a condição que é de sua natureza, reconhecendo a plausibilidade como a possibilidade concreta de sustentação científica.

A rigor, nem mesmo nas ciências da natureza é possível a utilização de um método exato, porque também esses campos do saber registram um caráter interpretativo. A compreensão acontece também nas ciências da natureza, sendo ultrapassada, atualmente, a concepção de exatidão da ciência, até mesmo diante das ciências naturais. É Popper quem reconhece que a metodologia positivista não se presta, nem mesmo, para as ciências naturais, quando afirma que

Eu lutei contra a imitação das ciências naturais pelas ciências sociais e pelo ponto de vista de que a epistemologia positivista é inadequada até mesmo em sua análise das ciências naturais as quais, de fato, não são “generalizações cuidadosas da observação”, como se crê usualmente, mas são essencialmente especulativas e ousadas.⁴³

De qualquer maneira, mesmo sem imiscuir-se na discussão envolvendo o método apropriado às ciências da natureza, em relação às ciências do espírito, é preciso uma

⁴² KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., p. 184.

⁴³ POPPER, op. cit., 1978, p. 48.

percepção diferente. Faz-se necessária uma abordagem que aceite o conteúdo essencial dessa ciência e, também, que trilhe caminho diverso da busca pela exatidão e certeza científicas, sob pena de permanecerem as amarras que impedem sua plena realização. O agir criativo precisa ser garantido como um espaço do jurista que tem de esforçar-se para escapar das armadilhas metodológicas que podem impedir o desenvolvimento científico.

Ainda, a ciência jurídica distingue-se das outras ciências do espírito, porque, no âmbito jurídico, a interpretação encontra uma “palavra final” no próprio sistema, a partir da decisão judicial não passível de recurso. Essa qualidade não é encontrada em outras ciências sociais, onde a interpretação não é, ao final, “derrotada” pela definitiva decisão judicial.

O método não pode impedir a evolução da ciência. Quando uma ciência utiliza-se de um método que não se presta ao seu desenvolvimento, quando se vale de um método incompatível com a sua própria essência, atinge um certo grau de estagnação científica, que acaba sendo o produto dessa utilização. Nesse sentido, Hannah Arendt afirma que

O mundo da experimentação científica sempre parece capaz de tornar-se uma realidade criada pelo homem; e isto, embora possa aumentar o poder humano de criar e de agir, até mesmo de criar um mundo, a um grau muito além do que qualquer época anterior ousou imaginar em sonho ou fantasia, torna, infelizmente, a aprisionar o homem – e agora com muito mais eficácia – na prisão de sua própria mente, nas limitações das configurações que ele mesmo criou.⁴⁴

Porém, a utilização de um ou outro método por determinada ciência não representa uma simples escolha daquela comunidade científica. Os fatores que determinam essa circunstância, na verdade, são muito mais amplos. Produções históricas e componentes ideológicos fazem essa determinação, inexistindo, em geral, a escolha da comunidade científica.

O conhecimento científico é formado a partir das condições e da evolução de um grupo, sendo o portador de características culturais, históricas, econômicas e sociais, além de revelar, até mesmo, elementos da própria essência do grupo que o produz. Então, não pode ser considerado isoladamente, sem a percepção dessas condições. É por isso que Thomas Kuhn afirma “O conhecimento científico, como a linguagem, é intrinsecamente a propriedade

⁴⁴ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987. p. 301.

comum de um grupo ou então não é nada. Para entendê-lo, precisamos conhecer as características essenciais dos grupos que o criam e o utilizam”⁴⁵.

Esse aspecto reforça a constatação de que o método não representa uma simples escolha de um grupo ou comunidade científica, sendo também o portador das características históricas, culturais, sociais e econômicas que determinaram a formação dessa comunidade científica.

2.1.3 Razoabilidade e Plausibilidade: Orientadoras da Ciência Processual

A partir dessas ponderações, é possível perceber os reveses que o Direito Processual enfrentou e enfrenta, representados especialmente pelo dilema entre a resistência e a aceitação das tentativas históricas de subjugação aos métodos das ciências naturais. O resultado disso foi, pelo menos, sua incapacidade para atender às demandas que se apresentam e às expectativas sociais, revelando-se pouco efetivo em sua missão.

O Direito Processual não admite tratamento lógico, porque lógico não é. É, antes, um sistema valorativo que depende da consideração dos fins e que não se basta no método. Criticando a consideração que confere racionalidade intrínseca ao Direito, Larenz rejeita o tratamento lógico-formal, quando afirma que “um sistema conceptual formado apenas segundo critérios lógico-formais divorcia-se das relações valorativas que estão por detrás das normas e falha com isso, necessariamente, a conexão de sentido própria do Direito, que não é de natureza lógico-formal, mas teleológica”⁴⁶.

A conexão de sentido do Direito orienta-se pelos fins, não registrando uma feição lógica. Recuperando-se a idéia da atuação do juiz, que antes decide e, depois, busca o argumento, é natural perceber que essa condução é absolutamente incompatível com qualquer procedimento lógico. Se não há lógica nessa atividade, porque é exatamente da sua essência esse caráter *analógico*, não há como se emprestar validade à insistente e já histórica tendência de conformar logicamente o Direito.

⁴⁵ KUHN, op. cit., 1997, p. 257.

⁴⁶ LARENZ, op. cit., p. 240.

De fato, como diz Brutau, o rigor da lógica advém de um mito da Idade Média, sendo praticado – e desejado – pelo jurista do mundo moderno que, talvez, não possa perceber a incapacidade da lógica formal e a sua incompatibilidade com a ciência processual:

As idéias jurídicas, de um modo geral, costumam ordenar-se, mesmo nos dias que correm, segundo uma hierarquia na qual as mais vazias de conteúdo são as que se colocam no ponto mais alto. Ao jurista lhe apraz, ainda hoje, um dos mitos mais renitentes na Idade Média: o rigor da lógica formal. Com este rigor aspiram vestir seus silogismos os juristas de quase todo o mundo, esquecidos de que a lógica formal é totalmente incapaz de antecipar qual será a conclusão de uma sentença, muito embora, uma vez lançada, essa conclusão guarde toda a aparência de algo inevitável.⁴⁷

Então, escapar dos métodos lógicos também constitui um dos desafios para a ciência do Direito Processual, reconhecendo que a ausência de rigor em seu objeto não permite o tratamento exato. Afastar-se do formalismo lógico implica, ainda, permitir a compreensão integral do fenômeno jurídico e, especialmente, a consideração das relações que se estabelecem. Zaccaria trata de um “significado especulativo” da analogia, afirmando que

Il significato speculativo dell’analogia sta, insomma, nel portare in luce la struttura dell’essere come tale e nel suo rapporto alla totalità: l’uso della parola *analogia* rimanda immediatamente alla diversità, ma insieme ad un rapporto, ad una relazione; si tratta, come dice l’etimologia stessa della parola, de una diversità necessariamente ricondotta ad un punto di riferimento, ad un centro: *analogos* significa, appunto, secondo il *logos*, corrispondente al *logos*.⁴⁸

Dessa conclusão, inevitável é cair no reconhecimento de que a ciência do Direito Processual é o espaço do razoável, do plausível e do não lógico que decorrem da diversidade e das múltiplas relações que se estabelecem a partir do fenômeno jurídico. Por que, então, a sedução pela lógica e pelas soluções exatas?

Ao criticar a consideração de elementos ideais do direito, como necessidades lógicas decorrentes da própria natureza das coisas, em detrimento das exigências sociais, Francisco

⁴⁷ BRUTAU, op. cit., p. 34.

⁴⁸ ZACCARIA, op. cit., p. 178. “O significado especulativo da analogia está, em resumo, no trazer à lume a estrutura do ser como tal e na sua consideração à totalidade: o uso da palavra *analogia* remete imediatamente à diversidade, mas também a uma referência, a uma relação; trata-se, como diz a própria etimologia da palavra, de uma diversidade necessariamente reconduzida ao ponto de referência, a um centro: *análogos* significa segundo o *logos*, correspondente ao *logos*” (tradução livre do autor).

Geny descreve aquele que, possivelmente, represente um dos relevantes argumentos que demonstram o equívoco praticado pela ciência processual. Reconhece que esse “mal” está assentado na confusão entre dois institutos distintos: de um lado, os princípios de justiça de utilidade universal e, de outro, os procedimentos técnicos, reduzidos à simples condição de hipóteses científicas e apenas orientados no sentido de desenvolvimento mais perfeito de sua missão técnica. O rigor nos procedimentos técnicos termina por conduzir à imposição de limitações à ciência, decorrentes da própria limitação do campo de visão científica.

É assim que Geny credita ao abuso da lógica o estancamento do Direito, quando afirma que

Desgraciadamente, esta positiva inversión del proceso científico ha tenido su repercusión en los efectos del método. Y para nuestra ciencia toda, ha producido una limitación y una rigidez de miras contrarias a todo progreso. El abuso de la lógica nos ha llevado al estancamiento del derecho, á causa de que, como instintivamente, el espíritu jurídico repugnaba multiplicar y sutilizar nociones que consideraba determinadas *à priori* por una especie de necesidad superior y objetiva inherente á su naturaleza.⁴⁹

O apego à lógica produz, de fato, uma rigidez à ciência jurídica, na medida em que se reduz aos critérios lógicos de verdadeiro ou falso, admitindo-se restrita a uma exatidão matemática. O Direito Processual escapa dessa racionalidade matemática. Tal não significa, todavia, que seja irracional em seu proceder. Trata-se, apenas, de uma racionalidade diversa, peculiar da ciência jurídica, que é informada pela *natureza* da própria vida que gesta, em última análise, o fenômeno jurídico.

Nessa linha de raciocínio, desponta a importância dos momentos dialéticos, até mesmo intuitivos, para a ciência do Direito Processual. Mais uma vez, o retorno à lógica do razoável, do provável e do verossímil.

⁴⁹ GENY, Francisco. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Madrid: Hijos de Réus, 1902. p. 136. “Infelizmente, esta positiva inversão do processo científico tem tido sua repercussão nos efeitos do método. E para toda a nossa ciência, tem produzido uma limitação e uma rigidez de visões contrárias a todo o progresso. O abuso da lógica nos tem conduzido ao estancamento do direito, por conta do qual, como instintivamente, o espírito jurídico repugnava multiplicar e tornar sutis noções que considerava determinadas *a priori* por uma espécie de necessidade superior e objetiva inerente à sua natureza” (tradução livre do autor).

Dispensar essa atenção ao Direito, tratando-o a partir de uma concepção metafísica, significa tolher-lhe a possibilidade de cumprir seu papel e desenvolver-se plenamente como ciência, deixando de perceber a natureza que lhe é inerente. E, no sábio dizer de Arthur Kaufmann⁵⁰, irracional é fechar os olhos para os momentos peculiares do Direito, tão distantes da lógica formal, mas tão próximos da essência do Direito. O Direito Processual deve compreender essa dimensão, sob pena de perder-se em si mesmo, incapaz que será de responder aos reclamos que se apresentam no mundo moderno.

Na ciência jurídica, a verdade tem uma dimensão diferente. É a dimensão que decorre da atuação valorativa, onde a investigação puramente lógica não consegue penetrar. Limita-se a atuação do jurista, assim, à percepção de possíveis soluções – de regra pela dicotomia verdadeiro ou falso, certo ou errado – mas que se apresenta incapaz de resolver efetivamente a questão proposta, aí compreendido o seu enfrentamento intrínseco.⁵¹

O método apropriado para a ciência jurídica deve considerar, assim, o caráter analógico que é da sua própria natureza, garantindo espaço para a valoração. Na afirmação de Larenz, essa abertura é necessária para a ciência jurídica:

A ciência jurídica labora com base em modos de pensamento como a analogia, comparação de casos, conformação de tipos e “concretização” de critérios “abertos” de valoração, que possibilitam essa abordagem. A passagem a uma “Jurisprudência de valoração” requer que a metodologia clarifique a especificidade desses modos de pensamento e a sua relação com os instrumentos tradicionais de pensamento (elaboração de conceitos, construção jurídica, subsunção).⁵²

⁵⁰ “É indiscutível haver também na ciência do direito e na filosofia do direito critérios de verossimilhança, de evidenciação, de falsificação e, assim, uma base para uma *argumentação “razoável”* bem como para um *“consenso intersubjectivo”*. Daí fazer sentido, afinal, falar, também aqui, de “conhecimentos” e de “ciência”. É claro que, nestes domínios, não existe uma “racionalidade” no sentido de exactidão matemática. No entanto, isto não quer dizer que aí se proceda “irracionalmente”. Uma investigação também não é irracional por se ocupar de fenômenos que, pela sua parte, não são inteiramente racionais. Assim, a hermenêutica jurídica é uma ciência plenamente racional, se bem que – não: precisamente porque não trata o processo de determinação do direito como uma pura conclusão lógico-formal, mas como um processo muito mais complexo, que também compreende momentos produtivos, dialécticos, porventura até intuitivos. Irracional é fechar os olhos perante estes momentos. Uma ciência não pode, naturalmente, colocar-se em confronto com a lógica. Mas uma ciência que não se ocupa apenas do formal, tem de ir para além da pura lógica formal” (KAUFFMANN; HASSEMER, op. cit, p. 98).

⁵¹ Criticando o método tradicional da ciência juridical, Francisco Geny afirma que “el sistema de concepciones abstractas y construcciones puramente lógicas es impotente para dotar á la investigación científica de outra cosa que de un instrumento de exploración, sin valor objetivo, que puede sugerir soluciones, pero incapaz por sí solo de demostrar el fundamento sólido, ni de adquirir el mérito intrínseco y la verdad durable” (GENY, op. cit., p. 180). “o sistema de concepções abstratas e construções puramente lógicas é impotente para dotar a investigação científica de outra coisa que não um instrumento de exploração, sem valor objetivo, que pode sugerir soluções, mas incapaz por si só de demonstrar o fundamento sólido, nem de adquirir o mérito intrínseco e de verdade durável” (tradução livre do autor).

⁵² LARENZ, op. cit., p. 167.

A aceitação da natureza analógica do Direito se constitui também na garantia de seu desenvolvimento. Enfim, significa garantir o direito em si, porque essa é sua própria essência. A própria lei não registra caráter lógico, nem mesmo deve, ou pode, conter um sentido unívoco. As lacunas da lei também operam nessa complementaridade analógica, permitindo à ciência do Direito o necessário espaço para sua constante renovação e construção.

Diante da diversidade, própria da realidade em que opera o Direito Processual, a ausência de solução lógica para cada caso é mesmo uma necessidade, como refere Kaufmann, que percebe essa dimensão da ciência jurídica:

A *incompletude* da lei não é, ao contrário do que sugere a concepção positivista, uma falha; ela é *apriorística e necessária*. A lei não pode e nem deve ser formulada de modo inequívoco, visto ser concebida para casos cuja diversidade é infinita. Uma lei fechada sobre si mesma, completa, sem lacunas, inequívoca (se tal fosse possível) faria estagnar a evolução do direito.⁵³

A absorção dos métodos das ciências da natureza fez com que também na ciência jurídica ocorresse a submissão aos modos de progresso daquelas ciências. Não apenas os métodos foram absorvidos ao longo da história, mas também a própria concepção científica⁵⁴, trilhando-se caminhos similares.

Gadamer reconhece que “não existe nenhum método específico para as ciências do espírito”⁵⁵. E a arte de compreender, que é a hermenêutica, não é reconhecida como um método, embora possa desempenhar funções metodológicas. Nesse sentido, a sustentação de Kaufmann, que afirma:

Na sua essência, a hermenêutica *não é um método*, mas sim filosofia *transcendental*. Já o era em Schleiermacher e continua a sê-lo nos hermenêuticos genuínos posteriores como Dilthey, Gadamer, Ricoeur. Ela é filosofia transcendental no

⁵³ KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., p. 193.

⁵⁴ É por isso que Warat afirma, com precisão, que “Los juristas nunca consiguieron atribuir un carácter positivo a la indeterminación y a lo indecible. Nunca consiguieron escapar de sus fantasías de seguridad, inclusive cuando hablan en nombre de la equidad. Inventaron la tipicidad para evitar que los juristas cambien sus modos de pensar. Hace poco más de veinte años que comienzan a aceptar que existen indeterminaciones de sentido en las palabras de la ley” (WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: Ofício do Mediador. Florianópolis: Boiteux, 2004b. p. 240). “Os juristas nunca conseguiram atribuir um caráter positivo à indeterminação e ao que não pode ser dito. Nunca conseguiram escapar das suas fantasias de segurança, inclusive quando falam em nome da igualdade. Inventaram a tipicidade para evitar que os juristas mudem seus modos de pensar. Faz pouco mais de vinte anos que começam a aceitar que existem indeterminações de sentido nas palavras da lei” (tradução livre do autor).

⁵⁵ GADAMER, op. cit., p. 45.

sentido em que designa as *condições da possibilidade de compreensão do sentido em geral*. A hermenêutica, enquanto tal, não prescreve nenhum método. Ela apenas indica sob que pressupostos se pode compreender algo no seu sentido. E, visto que não existe nada inacessível ao espírito que compreende, a hermenêutica tem carácter universal. A *compreensão do sentido (não o método)* da “física” ou da “religião” ou da “economia” ocorre sob as mesmas condições transcendentais presentes na compreensão do “direito”. Não se pode, todavia, de maneira nenhuma, entender esta universalidade da hermenêutica como um absoluto; a hermenêutica é uma das muitas possibilidades de lidar com o mundo e, como tal, com o direito, não podendo, por isso, fechar-se perante outras teorias como, por exemplo, a teoria analítica ou a teoria da argumentação. Aliás, ela mesma aponta para a necessidade dessas teorias.⁵⁶

Então, as ciências do espírito não se conformam a um método definido e preciso, porque lidam com a compreensão, que é ilimitada e produto da interação do próprio agente que participa desse processo.

Limitar as ciências do espírito a um método significa aprisioná-las e negar-lhes a possibilidade de existência, porque implica usurpar da compreensão a sua essência. Diante de uma realidade que precisa ser compreendida não pode existir o método. Existem, sim, diferentes e complexas formas de abordagem, que passam pela percepção do fenômeno da compreensão a partir de sua dimensão hermenêutica.

Cabe, aqui, a percepção trazida por Lênio Luiz Streck, para quem

[...] a questão fundamental no Direito será, assim, conseguir compreender que *fundamentar não é um problema de metodologia ou de procedimento argumentativo*, mas, sim, um modo de ser, pela simples razão de que hermenêutica é filosofia e não normatização de “procedimentos metodológicos” que sustentariam o raciocínio dos juristas”.⁵⁷

É, efetivamente, uma questão ontológica, que supera a questão e discussão acerca do método.

Não significa, com isso, repelir a ordenação metodológica, mas implica conferir-lhe apenas o papel que tem, não permitindo que a exatidão e a sedução pela forma lógica, impeçam vislumbrar o fenômeno jurídico em sua integralidade. Para o atingimento desse

⁵⁶ KAUFMANN; HASSENER, op. cit., p. 149.

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos porque Interpretamos ou Interpretamos porque Compreendemos? Uma Resposta a partir do Ontological Turn. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 244.

propósito, Warat propõe a utilização de uma epistemologia anti-empirista, capaz de superar a dogmática que caracteriza a metodologia jurídica. Nesse sentido, lega para o futuro esse desafio, anunciando que “Es una tarea de futuro edificar una epistemología jurídica que encare el estudio de la metafísica de las prácticas metodológicas del pensamiento jurídico; que efectue una lectura ideológica de la producción metodológica del derecho”⁵⁸.

O reconhecimento do papel e do alcance da compreensão, bem como a aceitação de que se constitui na *essência* do Direito Processual permitirão o estabelecimento dessa nova epistemologia, capaz de garantir o atendimento às necessidades sociais que se apresentam ao processo contemporâneo.

2.2 DIREITO: UMA CIÊNCIA DA COMPREENSÃO

Quando se percebe que a ciência jurídica é uma ciência da compreensão, onde não cabem a descoberta e a invenção, surgem outros desafios que não podem ser esquecidos. O primeiro deles é exatamente alcançar a dimensão filosófica da compreensão.

Gadamer define a compreensão como uma aventura, capaz de expor ao perigo, que decorre da experiência que se produz em relação ao agente. Assim, é perigoso compreender, porque se trata de um processo que conduz à exposição que provoca a interação entre aquele que compreende e o que é compreendido. Compreender também é desenvolver uma experiência espiritual que não encontra limites:

[...] a compreensão – exatamente como a ação – é sempre um risco, e não permite a simples aplicação de um saber geral de regras para o entendimento de enunciados ou textos dados. Além do mais, quando alcançada, a compreensão significa uma interiorização que penetra como um novo experimento no todo de nossa própria experiência espiritual. Compreender é uma aventura e é, como toda aventura, perigoso.⁵⁹

A interação que acontece no processo de compreensão vai além dos limites e possibilidades de escolha daquele que compreende e que não tem o controle da situação a que

⁵⁸ WARAT, op. cit., 2004a, p. 192. “É uma tarefa de futuro construir uma epistemologia jurídica que encare o estudo da metafísica das práticas metodológicas do pensamento jurídico; que realize uma leitura ideológica da produção metodológica do direito” (tradução livre do autor).

⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **A Razão na Época da Ciência**. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 75.

se expõe. Para compreender é necessário aceitar a própria fragilidade, admitindo a dupla via que caracteriza o processo em que aquele que compreende é também levado e conduzido pelas veredas que se lhe põem, por vezes sem possibilidade de escolha dos caminhos a trilhar. O questionamento proposto por Gadamer muito bem expressa essa dimensão: “Onde começa nosso esforço por compreender? Temos liberdade de escolha para isso? Somos nós os que aqui têm liberdade? É verdade que seguimos nossa livre decisão, quando procuramos investigar ou interpretar determinadas coisas?”⁶⁰.

Essa submissão daquele que compreende e a sua ausência de controle no processo também são o resultado das múltiplas dimensões que afetam a compreensão. Embora existencial, compreender não é um processo individual, apenas dependente do indivíduo. Compreender também depende da inserção social e cultural e, ainda, do modo como determinada comunidade reconhece esse processo. Willis Santiago Guerra Filho identifica a existência de um consenso na forma de aprender, afirmando que “A compreensão ocorrerá, então, quando houver uma comunidade, um consenso na forma de apreender, de interpretar algo em suas relações com uma totalidade, o que vai depender basicamente do modo de apresentar a compreensão atingida”⁶¹. Nesse sentido, o processo da compreensão também depende do consenso da comunidade científica, num processo em que o indivíduo não é apenas o agente, mas também é submetido, não dispondo de todo o controle, não lhe sendo livremente permitida a escolha dos rumos a seguir.

Perceber a compreensão como um processo complexo, que depende de infinitos fatores e que está intimamente relacionado com a dimensão contemplativa constitui um dos pressupostos para o entendimento do modo de operação das ciências do espírito.

2.2.1 A Dimensão Contemplativa da Compreensão, Possibilidade de Alcance da Verdade

A compreensão também encerra uma dimensão contemplativa. Esta conduz ao primeiro dos objetivos do conhecimento humano, à especulação, à formulação da razão pura e ao alcance da verdade que partem do pensamento humano, reconhecido por Francesco

⁶⁰ GADAMER, op. cit., p. 75.

⁶¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Conceitos de Filosofia**. Fortaleza: José de Alencar, 1996. p. 27.

Menestrina como “la cosa più complessa che si possa ideare”⁶², concluindo, também, que isso se deve ao fato de que o ponto de partida da atividade mental é produto de outros juízos anteriores, o que leva à necessidade de aceitar-se que “a un certo punto il processo di preparazione delle premesse non è dato da una attività del pensiero, ma da un fenomeno psicologico di creazione dell’idea, da cui noi ci accorgiamo solo nei suoi risultati”⁶³.

O conhecimento humano possui dois objetivos: o primeiro, acima referido, é a contemplação da verdade, quando atua de forma especulativa; o segundo, a operação mental que visa a uma finalidade prática. A propósito, no século XVIII, Immanuel Kant já afirmava que o intelecto pode ser especulativo ou prático. Na primeira hipótese teríamos a razão pura; na segunda, a razão prática. Na verdade, o intelecto prático é um prolongamento do intelecto especulativo, numa integração mútua. Pelo intelecto especulativo decide-se se é de fazer isso ou aquilo; pelo intelecto prático decide-se como fazer isto ou aquilo.

A contemplação – a atividade intelectual especulativa pura – perdeu seu espaço na modernidade que promoveu verdadeira inversão, não apenas dando ao intelecto prático o espaço outrora ocupado pelo intelecto especulativo. A era moderna fez mais, porque tornou a atividade intelectual refém da ação, o que é reconhecido por Hannah Arendt:

A inversão que ocorreu na era moderna não consistiu em promover a ação à posição outrora ocupada pela contemplação como o mais alto estado de que os seres humanos são capazes – como se, daí por diante, a ação fosse a finalidade última em benefício da qual se devia exercer a contemplação, tal como, até então, todas as atividades da *vita activa* tinham sido julgadas e justificadas na medida em que tornavam possível a *vita contemplativa*. A inversão tinha a ver somente com a atividade de pensar que, daí por diante, passou a ser a serva da ação como havia sido a *ancilla theologiae*, a serva da contemplação da verdade divina na filosofia medieval e a serva da contemplação da verdade do Ser na filosofia dos antigos. Por si, a contemplação perdeu todo e qualquer sentido.⁶⁴

⁶² MENESTRINA, Francesco. **La Pregiudiciale nel Processo Civile**. Milano: Giuffrè, 1963. p.46. “a coisa mais complexa que se possa imaginar” (tradução livre do autor).

⁶³ Idem, p. 47. “a um certo ponto o processo de preparação das premissas não é dado como uma atividade do pensamento, mas como um fenômeno psicológico de criação da idéia, do qual nos apercebemos apenas nos seus resultados” (tradução livre do autor).

⁶⁴ ARENDT, op. cit., p. 305.

Pode-se afirmar que o Direito⁶⁵ é uma ciência especulativa, quanto ao modo de saber, pois busca contemplar a verdade, e eminentemente prática, quanto às suas finalidades. Os operadores jurídicos possuem o dever de construir verdades⁶⁶, já que a verdade alcançada serve como parâmetro eficaz de rompimento de paradigmas, modificando a combatida *ordinariedade* vivenciada.

Aqui merece uma palavra a discussão dessa natureza especulativa para o Direito Processual, diante do papel tomado pela prática e observado por Hannah Arendt. Exatamente porque um dos desafios que se apresentam ao Direito desse mundo contemporâneo é garantir a *intelecção* especulativa, diante da ação prática. Não se quer um Direito Processual meramente operativo, porque não dizer *formulário*, mero aplicador de regras à prática. Mas também não serve um Direito Processual abstrato, apenas acadêmico, insensível, incólume e não afetado pela realidade social.

A compreensão, então, tem o papel de construir a verdade. A verdade – como percepção dos fatos cotidianos que se introjetam no fenômeno jurídico – deve ser vista sob a ótica do senso comum⁶⁷ que consiste em dizer o que é correto e verdadeiro, com base no provável e no plausível, pois este é o senso que institui a sociedade. A construção da verdade surge então como defesa do provável e fundamenta-se na existência moral e histórica do homem. Nos dizeres de Gadamer: “bom senso é o remédio contra o sonambulismo da metafísica e contém o fundamento de uma filosofia moral, que é justificada em relação à vida da sociedade”⁶⁸.

⁶⁵ Segundo Tobias Barreto, “ou o direito é, como diz Rudolf Von Ilhering, o conjunto de existência da sociedade, assegurados por uma coação externa, isto é, pelo Poder Público, ou se define mais concisamente, segundo Wilhelm Arnold, uma função da vida nacional [...], ou seja, enfim o que quer que seja, que não pode conter dentro dos limites de uma definição, o certo é que o direito, da mesma forma que a gramática, da mesma forma que a lógica, é um sistema de regras, é, como tal, um produto de indução, um edifício levantado sobre base puramente experimental. Em face da ciência moderna o velho racionalismo jurídico, que se forçava por descobrir no direito um elemento apriorístico, anterior e superior a toda experiência, já é um erro indesculpável, um testemunho da pobreza, indigna de compaixão” (BARRETO, Tobias. Fundamentos do Direito de Punir. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 727, p. 640-650, 1996).

⁶⁶ O termo *Verdade* é dos mais complexos para ser conceituado, pois se origina sempre de um julgamento (habitual, consensual, ou arbitrário) e, mais ainda, como todo juízo de valor (tal como o conhecimento que o provoca), é uma *ocorrência histórica*, ou seja, é relativo à Cultura, à Sociedade na qual emerge em certo momento (CORTELLA, Mário Sérgio. **A Escola e o Conhecimento** – Fundamentos Epistemológicos e Políticos. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 56-57).

⁶⁷ Vale observar a lição da lavra de Rubem Alves, ao tratar da temática “o senso comum e a ciência”, após advertir para os riscos concentrados no cientista (porque tido como o dono do saber). Ao se perguntar sobre o que é o senso comum, responde: “prefiro não definir”. Talvez simplesmente dizer que senso comum é aquilo que não é ciência [...] (ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência**. Introdução ao Jogo e a suas Regras. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 9-37).

⁶⁸ GADAMER, op. cit., 1999. p. 71.

O sentido comum é um complexo de institutos, isto é, um impulso natural sobre o qual repousa a verdadeira felicidade da vida, sendo um efeito de sabedoria suprema. Realiza um papel decisivo na ciência jurídica, como bem assevera Streck, ao tratar do sentido comum teórico:

O sentido comum teórico coisifica o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – conversões lingüísticas acerca do direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à “consumação” das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, e percebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma “para-linguagem” situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a “realidade jurídica dominante”. “É o local dos segredos”⁶⁹.

Do senso comum teórico passa-se ao juízo comum e ao conceito de gosto. Trata o juízo comum de sã compreensão humana – *commom sense*. A sã razão se apresenta nos julgamentos sobre o justo e injusto, factível e infactível. O fenômeno de construção da solução do litígio deve ser compreendido sob o ponto de vista universal-lógico do juízo.

Em Kant, o verdadeiro sentido comum é o gosto estético e o gosto é a forma de conhecimento atingido socialmente como fenômeno de primeira categoria. Por isso que o contra gosto – conflito do socialmente aceitável e do juridicamente adequado – proveniente do senso comum não é o mau gosto, mas a ausência de gosto algum. “O bom gosto é uma sensibilidade que evita tão naturalmente tudo o que é chocante, de maneira que sua reação se torna, para quem não tem gosto, simplesmente incompreensível”⁷⁰.

Dessa premissa extrai-se uma preciosa forma de limitação ao senso comum. É que somente aqueles que possuem opinião formada – e fundamentada – sobre determinada circunstância poderão ser relevados para formação do *commom sense*. Daí que surge a necessidade imposta ao operador do processo, de estar atento aos fatos e ao tempo em que vive, não lhe bastando o conhecimento da técnica de Direito para que resolva adequadamente os conflitos.

⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) Crise**: uma Exploração Heremênutica da Construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 67.

⁷⁰ GADAMER, op. cit., 1999, p. 71.

Posto assim que Gadamer – ao analisar o problema hermenêutico e a ética de Aristóteles – afirma que, em razão de determinadas circunstâncias e devido às características de uma situação concreta, o aplicador da lei deve atenuar seu rigor. Claro está que atenuar seu rigor não significa “não aplicar o direito”, que exprime a lei, nem permitir um laxismo ilegítimo, já que, quando se atenua o rigor à lei, não se está renunciando a ela; ao contrário, sem essa atenuação não haveria verdadeiramente justiça.⁷¹

Aristóteles trata explicitamente da equidade (*Epieikeia*), como retificação ou acomodação da lei, fundando sua concepção no fato de que toda a lei comporta uma tensão interior no que se refere às possibilidades concretas da ação: uma lei é sempre geral e não pode conter toda a complexidade concreta de um caso particular. Esse é, aliás, o problema próprio da hermenêutica jurídica, isto é, uma lei é sempre insuficiente; não em razão de qualquer falha intrínseca, mas porque o mundo, como campo de nossas ações, é sempre imperfeito com relação à ordem ideal projetada pelas leis.⁷²

Para Gadamer, não existe compreensão nem interpretação em que não entre em funcionamento a totalidade dessa estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas a de ler o que está aí e de extrair das fontes o que realmente foi. Esta é a dogmatização do Direito empregada na academia e cristalizadora do agir dos operadores jurídicos.

Ainda, para o filósofo, a compreensão de algo somente alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais se inicia não são arbitrárias. Por isso é que o intérprete não se dirige ao texto diretamente, a partir de opinião prévia que lhe subjaz, mas mediante o exame de tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade. A compreensão de um texto passa pela apropriação de conceitos e juízos de terceiros, que são agregados de pré-concepções do leitor e antecipações de que percebe.

Em Heidegger, a compreensão do fenômeno jurídico passa pela verificação do eu, da historicidade efetual própria do intérprete (ser-no-mundo). Compreensão é o modo de ser da pré-sença, na medida em que é *poder ser e possibilidade*. A compreensão é tida como caráter

⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **O Problema da Consciência Histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 53.

⁷² Id-Ibidem.

ôntico original próprio da vida humana e não como conceito e, muito menos, como fundamentação hermenêutica das ciências do espírito.

Todo o compreender acaba sendo um compreender-se, desenvolvendo o conceito de que somente fazemos história, na medida em que nós mesmos somos históricos, significando que a pré-sença (da-sein) humana em toda a mobilidade do atender e do esquecer é a condição de possibilidade de atualização do vigor-ter-sido como tal.⁷³

Heidegger explicita esta situação hermenêutica a partir da *posição prévia, visão prévia e concepção prévia* do interlocutor *jurisprudencial*, considerando a necessidade de explorar proficuamente o significado do termo. “Os preconceitos de um indivíduo são muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser”⁷⁴. Daí estabelece-se o chamado círculo hermenêutico em que o todo é compreendido pela parte e parte (no sentido do parcial) é que leva à compreensão do todo. Nessa linha, Heidegger afirma:

A antecipação de sentido que guia nossa compreensão de um texto, não é ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição, ao que se somam nossas experiências futuras, não em círculo metodológico, mas sim, ontológico da compreensão.⁷⁵

Então o sentido do texto apresenta-se ao intérprete a partir da situação histórica em que está inserido, dando-se em circunstâncias reflexivas, a partir do passado que vem pela tradição e restando, também, influenciado pelas experiências futuras, trazidas pelo intérprete.

Não significa, todavia, que o processo da compreensão limite-se a essa reflexividade. A compreensão depende do ser e já existe porque o ser apenas é. Entre as representações do indivíduo e o mundo está a compreensão, que não é apenas uma atividade do ser humano, mas o próprio ser. Nesse sentido, Stein refere o processo da compreensão como um mergulho entre o ser e o mundo natural:

É o ser humano que, enquanto é, se compreende e explicita em seu modo de ser e, desse processo, resulta a possibilidade de qualquer relação com o mundo natural, não apenas porque nessa compreensão também está implicada a compreensão do ser, mas basicamente porque a compreensão resulta de um movimento da vida fática em que ela, enquanto se compreende, mergulha a relação ser-aí e mundo natural, num

⁷³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. Parte II. p. 392-447.

⁷⁴ Idem, p. 416.

⁷⁵ Idem, p. 439.

todo que constitui o próprio sentido fundamental da mobilidade fática da vida humana e isto quer dizer que o compreender também é um comprometer-se.⁷⁶

O mundo natural nunca será natural enquanto houver o indivíduo que com ele comunica, reflexivamente, nesse processo que é a compreensão. E a inexistência de *naturalidade* no mundo natural – exatamente porque o ser que com ele lida e interage lhe dá o significado – conduz à conclusão de que a ciência também é circunstancial e referencial, dependente que é da compreensão, ou da pré-compreensão, em face de que se trata de um processo prévio. Como aponta Stein,

É somente dessa maneira que podemos aceder ao assim chamado mundo natural, pelo processo da pré-compreensão, pelo movimento de um modo de abordar e de um comentar. É assim que o mundo natural se manifesta como mundo, acontecendo num certo modo de ser abordado, de receber um apelo.⁷⁷

Ao indivíduo, a compreensão possibilita oportunidades especiais, sendo uma maneira especial de ampliação do horizonte de mundo e de nossas experiências humanas. No dizer de Gadamer, “tudo o que a compreensão proporciona se torna proporcional a nós mesmos”⁷⁸. A compreensão produz a ampliação do horizonte de mundo do intérprete, que se vê parte do processo compreensivo, não se podendo dissociar da interação que se realiza a partir da compreensão.

A atividade de compreensão dos fenômenos depende da lógica da linguagem e é por ela definida e determinada. Essa constatação é de Cassirer, ao afirmar que “Antes que se pudesse iniciar o trabalho intelectual do conceber e compreender os fenômenos, foi preciso realizar, certamente, a tarefa de denominar e alcançar um certo grau de elaboração; pois é este labor que transforma o mundo das impressões sensíveis, como também o animal possui, em um mundo espiritual, um mundo de representações e significações”⁷⁹.

⁷⁶ STEIN, Ernildo. **Pensar é Pensar a Diferença**: Filosofia e Conhecimento Empírico. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 116.

⁷⁷ Idem, p. 117.

⁷⁸ GADAMER, op. cit., 1983, p. 75.

⁷⁹ CASSIRER, op. cit., p. 48.

Significa que o filósofo convive com os objetos exatamente da forma como lhe são apresentados pela linguagem, que se torna o “veículo da conquista de qualquer perspectiva espiritual do mundo”⁸⁰, dependendo, então, do rumo que o exame intelectual tomar.

E conclui Cassirer que, “de fato, a palavra, a linguagem, é que realmente desvenda ao homem aquele mundo que está mais próximo dele que o próprio ser físico dos objetos e que afeta mais diretamente sua felicidade ou sua desgraça”⁸¹.

Se compreender implica a própria existência do ser e constitui-se num processo reflexivo, representando uma experiência também para aquele que compreende, percebe-se que a compreensão não se assenta em pressupostos objetivos. É um exercício do subjetivo, que termina num desvelar do próprio ser. Na feliz comparação de Castoriadis,

Utilizamos estes termos como um cavalo que galopa e utiliza uma praia; não é a praia que importa, é o galope. Que existam solo e trilhas é condição e consequência da corrida; mas é a corrida que queremos captar. A partir das marcas das ferraduras, podemos eventualmente reconstituir a direção do cavalo, talvez fazer uma idéia de sua velocidade e do peso do cavaleiro; mas não saber quem ele era, o que pretendia ou se corria em direção ao seu amor ou em direção à sua morte.⁸²

É essa dimensão do Direito que se precisa perceber, a partir da compreensão: a corrida em si e não apenas o caminho, a essência e a intenção, e não apenas a aparente direção. Como na atuação do juiz, que procede valorativamente na sua decisão – nunca um procedimento lógico – é necessário alcançar a essência e não apenas a aparente direção.

2.2.2 O Papel da Interpretação no Processo da Compreensão

A compreensão é, pois, atividade inerente ao saber jurídico, constituindo sua própria essência. O caráter transcendental da compreensão representa-se especialmente pela inserção do agente no processo, que faz parte do compreender, interagindo e fazendo com que a compreensão termine por representar uma experiência existencial ao próprio agente.

⁸⁰ CASSIRER, op. cit., p. 51.

⁸¹ Idem, p. 78.

⁸² CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Tradução de Guy Reynaud. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 320.

A complexidade que reside nesse *compreender* exige um cuidado ao tratar-se do fenômeno jurídico, sendo necessário aceitar o imprevisto, fazendo-se integrante desse processo. Como refere Warat “A sabedoria procura a compreensão da complexidade... ela sugere a necessidade de compreender a contradição e o imprevisível, a partir da convivência (fora de modelos ou categorias) e em estado de experiências com eles”⁸³.

Na superação da hermenêutica tradicional observa-se que, na velha tradição, o pensar acerca da compreensão era assim articulado: a) *subtilitas intelligendi* (compreensão); b) *subtilitas explicandi* (interpretação); c) *subtilitas applicandi* (aplicação do conceito). A tripartição é superada pela moderna hermenêutica, quando se vê uma unidade interna entre *intelligere* e *explicare*; a interpretação não é ato posterior e complementar, porém compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é forma explícita de compreensão. Para Gadamer, a interpretação está em contínua elaboração, não sendo limitada ou definitiva:

A interpretação é algo que está sempre a caminho, que nunca conclui. A palavra interpretação faz referência à finitude do ser humano e à finitude do conhecimento humano, isto é, a experiência de interpretação contém algo que não ocorria na autoconsciência anterior, quando a hermenêutica era atribuída a âmbitos especiais e aplicada como uma técnica para a superação das dificuldades dos textos difíceis.⁸⁴

Assim, a compreensão e a interpretação constituem-se no motor da ciência do Direito, produzindo a sua evolução. Diz Lênio Luiz Streck, a propósito, que “antes de interpretar, o intérprete já compreendeu”⁸⁵. Quando compreende e interpreta, o jurista produz o conhecimento. Portanto, o Direito depende da própria compreensão, como reconhece Arnaud, quando diz que “É da natureza da interpretação fazer progredir o Direito”⁸⁶.

Ao interpretar, o jurista garante a vivacidade do Direito, trazendo o necessário intercâmbio entre a vida e a lei. E esse é um processo, contínuo e sempre inacabado, de câmbio entre o ser e o dever-ser. Pretender a sua sustentação e desenvolvimento numa dimensão distante da realidade conduz a um cientificismo positivista, como referido por Arnaud:

⁸³ WARAT, op. cit., 2004b, p. 186.

⁸⁴ GADAMER, op. cit., 1983, p. 71.

⁸⁵ STRECK, op. cit., 2003, p. 265.

⁸⁶ ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 193.

O Direito, ciência da interpretação, é uma questão de proveta: nem toda dosagem de substância é significativa. Algumas são inúteis; outras são perigosas. Apenas algumas fazem avançar a ciência. Mas o resultado deve corresponder a um certo número de qualidades, verificáveis pela experimentação científica, e que devem torná-lo próprio a gerir as necessidades da comunicação social de maneira satisfatória. Este método, entretanto, tombaria num cientificismo positivista justamente condenável se fosse utilizado em circuito fechado, sem referência à realidade, sem integração num sistema geral de pensamento onde ele pudesse sorver o ar que respira.⁸⁷

A atividade interpretativa, que é a elaboração da compreensão, representa o início de um processo envolvido numa práxis, porque é a partir dela que se inicia a manobra que conduzirá à atuação fundada no processo compreensivo. Como afirma Paul Ricoeur, “a arte de interpretar deve ser ela própria considerada como uma parte da arte de manusear as resistências”⁸⁸. Ao interpretar, o jurista já está inserido num processo dinâmico que poderá, inclusive, conduzir à atuação praxístico-decisória. Não se pode esquecer, todavia, que o processo interpretativo não se compraz com a reprodução ou, como diz Lênio Luiz Streck, “o processo interpretativo jamais será reprodutivo. É impossível ao intérprete ‘arrancar’ o sentido que estaria ‘contido’ no texto”⁸⁹.

A interpretação compreende diversos métodos, não se restringindo à interpretação gramatical, porque o processo interpretativo não se resume à pura interpretação verbal ou terminológica. De fato, além da questão gramatical – que já pressupõe a atividade hermenêutica, que confere interpretação de sentido – o processo interpretativo também é sistemático, já que é atividade dependente de uma conexidade lógico-sistemática.

Trata-se de uma conexão não dedutível, mas que se firma na plausibilidade. Assim, o significado da expressão a ser interpretada não depende de regras de procedimento unívocas. Antes, está ligada a um processo de relação entre as expressões, onde cada parte somente tem sentido quando for considerado o todo. Essa relação entre as expressões constitui o denominado *círculo hermenêutico* que Aarnio compara à leitura de uma poesia:

⁸⁷ ARNAUD, op. cit., p.192.

⁸⁸ RICOEUR, Paul. **O Conflito das Interpretações**. Ensaios de Hermenêutica. Tradução de M. F. Sá Correia. Porto: Rés, 1988b. p. 177.

⁸⁹ STRECK, op.cit., 2003, p. 268. Completa Streck, ainda, afirmando que “Os sentidos não estão acoplados/presos aos textos, prontos para serem desacoplados a partir de uma *Auslegung*, como queria a hermenêutica clássica e como quer, ainda hoje, boa parte dos juristas que busca inserção nesse complexo terreno que é a hermenêutica”.

Se crea así un *círculo hermenéutico*, fenómeno que ha sido comparado con la lectura de la poesía. Cuando hemos llegado al final de un poema y estamos en condiciones de formarnos una impresión del todo, puede suceder que se perciba mejor un detalle que al comienzo; este detalle afecta la forma como entendemos el todo y así sucesivamente.⁹⁰

A conexão entre as expressões é que produz a compreensão do todo ou, ao menos, produz uma compreensão melhor do todo, que se manifesta a partir do círculo hermenêutico, que termina por representar a *órbita* na qual gravitam as possibilidades de interpretação. Merece, aqui, uma referência a Paul Ricoeur, quando afirma que “Uma interpretación debe ser no sólo probable, sino también más probable que otra”⁹¹. Essa constatação, aliás, permite aceitar e conferir validade a diversas formas de interpretação, dando-se espaço, assim, para os juízos de razoabilidade e probabilidade.

A conexão que deve existir entre as expressões não se limita ao significado dos conceitos jurídicos de um contexto concreto de idéias, nem se refere unicamente à colocação de uma regra jurídica no texto legal, mas, como afirma Engisch, “refere-se, antes, em último termo, à plenitude do pensamento jurídico latente na regra jurídica individual, com a sua multiplicidade de referências às outras partes do sistema jurídico global”⁹².

Quer dizer que um instituto jurídico somente poderá ser compreendido e interpretado num exercício de conexão com os demais que lhe são similares ou afetos. Não se poderá, pelos critérios da interpretação sistemática, pretender a elucidação ou aplicação de determinada regra jurídica isoladamente, sem a compreensão de outros aspectos do sistema jurídico.

Todavia, a interpretação sistemática é, em regra, inseparável da interpretação teleológica, justificada por Engisch “na medida em que as regras jurídicas têm em grande

⁹⁰ AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 114. “Cria-se assim um *círculo hermenêutico*, fenômeno que tem sido comparado com a leitura da poesia. Quando chegamos ao final de um poema e estamos em condições de formar uma impressão do todo, pode acontecer que se perceba melhor um detalhe que no começo; este detalhe afeta a forma como entendemos o todo e assim sucessivamente” (tradução livre do autor).

⁹¹ RICOEUR, Paul. **Hermeneutica y Accion**. Traducción de Mauricio M. Prelooker et al. 2. ed. Buenos Aires: Docência, 1988a. p. 64. “Uma interpretação deve ser não apenas provável, mas também mais provável que outra” (tradução livre do autor).

⁹² ENGISCH, op.cit., p. 140.

parte por função preencher certos fins em combinação com outras normas, completar finalisticamente estas outras normas”⁹³. A partir desse método de interpretação, os *fins* das normas seriam suficientes para permitir a válida realização da operação interpretativa. Ou, como afirma Larenz, “o pensamento teleológico é pensamento a partir de fins; é simultaneamente pensamento a partir do todo que lhe é supraordenado”⁹⁴.

Esse método, no entanto, também não é suficiente para a compreensão e interpretação das normas jurídicas. Nem sempre os fins trazem todos os elementos que se fazem necessários nesse processo. Aliás, nem mesmo seria possível supor que cada norma jurídica tivesse um determinado fim. O próprio conceito de fim enseja múltiplos significados⁹⁵, o que demonstra que a interpretação teleológica também necessita de complementação. Nesse ponto, propõe Engisch uma interpretação causal que considere o fundamento ou razão da regra e não apenas a sua finalidade.

Enfim, há ainda o método de interpretação histórico, que realiza o processo a partir da *história do preceito*. A consideração da dimensão histórica da interpretação significa não esquecer que a época em que produzido o Direito tem relevância indiscutível na sua compreensão. Como diz Radbruch, “enquanto o sol de Homero brilhar, brilhará de forma diferente para cada época”⁹⁶, numa evidente referência de que a percepção do mesmo fenômeno é diferente, dependendo, aqui, da temporalidade.

Essa interpretação histórica não significa apenas a consideração das causas econômicas, políticas, sociais ou simplesmente investigar os demais elementos dos ordenamentos contemporâneos àqueles que se pretende interpretar. É preciso transpor-se à situação jurídica então vigente, considerando todos os elementos que possam ter influenciado na mente do legislador.

⁹³ ENGISCH, op. cit., p. 140.

⁹⁴ LARENZ, op. cit., p. 181.

⁹⁵ Engisch refere que o conceito de fim “estende-se, segundo o seu conteúdo, desde o efeito real e concreto, como, por exemplo, a criação de um contramotivo duma conduta indesejável, até a escopos tão abstractos e ideais com: a manutenção da segurança jurídica, a instauração da paz, a conservação da ordem pública, o bem-estar social, as “precauções com a existência”, a humanidade, a protecção da boa-fé no tráfico jurídico, a satisfação do sentimento de justiça, a rapidez na aplicação do Direito e outros semelhantes” (ENGISCH, op. cit., p. 142).

⁹⁶ RADBRUCH, op. cit., 1999, p. 217.

Mais do que isso: ainda que fosse possível realizar-se essa transposição histórica, mesmo assim não seria suficiente para a atividade interpretativa, porque a própria lei e seu conteúdo não são estáticos, mas caracterizados pela dinamicidade. Nesse caso, Engisch afirma que “O sentido da lei logo se modifica pelo facto de ela constituir parte integrante da ordem jurídica global e de, por isso, participar na sua constante transformação, por força da unidade da ordem jurídica. As novas disposições legais reflectem sobre as antigas e seu sentido e modificam-nas”⁹⁷.

Assim, a compreensão também depende da consideração do passado, porque o jurista está mergulhado na tradição, num processo que é reflexivo, em que o passado ecoa no presente e, por outro lado, é compreendido pelo ser, produzindo o sentido de mundo no presente.

2.2.3 Compreensão e o Resgate do Passado: a Importância da Tradição

A tradição representa um desafio para o jurista contemporâneo e o inegável papel que exerce na ciência e também no Direito Processual, justifica sua compreensão numa dimensão ontológica. A tradição, que é conservação, mas também ato da vontade humana, representa-se por uma pluralidade de fatores culturais, sociais, políticos e econômicos que constituem, enfim, uma possibilidade de interação entre o presente e o passado.

A partir de Heidegger, o tempo é a força do ser e não o ente a força do tempo. Portanto, não é o histórico que determina a compreensão, mas a compreensão que opera o histórico, a partir do sentido de mundo e da abertura para a realidade. A compreensão é quem promove o sentido, no ser-aí que, enfim, produz o elemento estruturante ou historial.

Nesse sentido, o ser promove uma espécie de consumação da história, como refere Stein, ao referir-se à dimensão ontológica da compreensão:

Mas o tempo é o horizonte, o elemento estruturante-estruturado, organizador-organizado, transcendental-história do ser. Não é o ser que chega, como ente, a invadir a esfera do ser humano, pelo contrário, toda questão do ser passa pela compreensão do ser que se dá no *Dasein*. É assim que se instauram o sentido e o mundo e, a partir deles, qualquer relação do ser humano consigo mesmo, com os outros, com as coisas e com os eventos. Inaugura-se, dessa maneira, o acesso à

⁹⁷ ENGISCH, op. cit., p. 173.

diferença ontológica pela própria hermenêutica do modo de ser do ser-aí. E, sobre o fundo dessa diferença, acontece tudo aquilo que poderíamos chamar o mundo sensível. Com isso está salva a empiria. É através do mundo, do sentido, da compreensão, que se antecipa ou abre o espaço para toda a realidade”.⁹⁸

É ainda necessário lembrar que a vida desenvolve-se desinteressada dos ordenamentos jurídicos. Por isso, as inovações que em todo instante surgem também forçam a interpretação da lei existente, modificando o sentido que lhe foi anteriormente conferido. E não se pode deixar de considerar, nesse ponto em que se cuida da interpretação histórica, a preciosa observação de Gadamer que refere que “o mundo histórico de cujo conhecimento se trata aqui tem sido sempre um mundo formado e conformado pelo espírito humano”⁹⁹.

O espírito humano não se faz acabado. Apresenta-se, antes, num permanente processo de transformação, dependente de um universo de considerações. Por isso, a atividade interpretativa é ilimitada.

Pode-se referir, ainda, que a partir de Wittgenstein, reconhece-se que a interpretação também depende de outros fatores, conclusão que decorre do rompimento do apriorismo analítico do neopositivismo. Assim, a partir de então, acentua-se “o fato de que o sentido depende do contexto, da situação, do uso e funções dos discursos”¹⁰⁰.

É preciso considerar, também, que o discurso jurídico está inserido na realidade, o que o qualifica como um discurso prático, mas que deve partir da verificação do que está proibido e do que está permitido no ordenamento jurídico. Nesse sentido, Alexy afirma que “El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general”¹⁰¹. Esse modo de produção faz do discurso jurídico um operador entre a lei, a jurisprudência e a dogmática. A sujeição a esses componentes é que produz a racionalidade do discurso jurídico ou, como

⁹⁸ STEIN, op. cit., 2002, p. 132.

⁹⁹ GADAMER, op. cit., 1999, p. 340.

¹⁰⁰ Conforme Leonel Severo Rocha, esse avanço coloca a importância da instituição e da sociedade para a determinação do sentido, valorizando-se a enunciação em relação ao enunciado (ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 110).

¹⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 529. “O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral” (tradução livre do autor).

refere Alexy, “La racionalidad del discurso jurídico depende, pues, esencialmente de si y en qué medida estas valoraciones adicionales son racionalmente controlables”¹⁰².

A interpretação histórica não dispensa as demais. Aliás, está estreitamente ligada à interpretação teleológica e, como afirma Engisch, “Para além disso, a correcta compreensão dos preceitos esforça-se por descobrir os fundamentos histórico-culturais e o significado da tradição”¹⁰³.

A tradição é compreendida por Gadamer como “o fundamento de sua validade”¹⁰⁴, constituindo numa forma de determinação de comportamentos, mas que é um momento da liberdade e da própria história. A tradição é essencialmente conservação, que também é um ato da razão humana, embora não produza o mesmo impacto da inovação. Como completa Gadamer, “Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio a supostas mudanças de todas as coisas, do antigo conserva-se muito mais do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validade”¹⁰⁵.

Assim, a investigação das ciências do espírito não pode realizar-se em simples oposição ao modo como o homem se comporta em relação ao passado. Mergulhado na tradição, o jurista terá de reconhecer-se a si mesmo, constituindo um desafio alcançar a compreensão a partir da separação do comportamento científico daquele natural em relação ao passado. Como refere Gadamer, a tradição expressa-se numa pluralidade de vozes, que se entremeiam no presente, constituindo o processo de investigação.

O que satisfaz nossa consciência histórica é sempre uma pluralidade de vozes nas quais ressoa o passado. O passado só aparece na diversidade dessas vozes. É isso que constitui a essência da tradição da qual participamos e queremos participar. A própria investigação histórica moderna não é só investigação, mas também mediação da tradição. Não a vemos somente sob a lei do progresso e dos resultados assegurados; nela também realizamos nossas

¹⁰² ALEXY, op. cit., p. 530. “A racionalidade do discurso jurídico depende, pois, essencialmente de si e em que medida estas valorações adicionais são racionalmente controláveis” (tradução livre do autor).

¹⁰³ ENGISCH, op. cit., p. 144.

¹⁰⁴ GADAMER, op. cit., 1999, p. 421.

¹⁰⁵ Idem, p. 423.

experiências históricas, na medida em que permite que ouçamos cada vez uma nova voz em que ressoa o passado.¹⁰⁶

Compreender é, pois, também permitir a expressão da tradição, que atua através da consciência histórica, agindo numa inserção objetiva e, por isso, envolvendo o próprio ser que compreende.

O processo da compreensão, então, realiza-se a partir do próprio ser, dele dependendo e produzindo uma experiência reflexiva. Juntamente com a interpretação que representa a forma explícita de compreensão, constituem no motor de evolução do Direito, permitindo-se reconhecê-las como a forma de produção do conhecimento científico.

2.3 O PARADIGMA RACIONALISTA: LÓGICA, CERTEZA E O DIREITO PROCESSUAL

As ciências do espírito, espaço da compreensão e da interpretação, têm um modo de conformação diferente daquele das ciências exatas. Todavia, a ciência jurídica submeteu-se, ao longo da história, aos métodos das ciências naturais, ou seja, também admitiu a forma de produção do conhecimento científico das ciências da natureza.

Assim, também a ciência jurídica aceitou a evolução através das revoluções científicas, abandonando, em determinadas épocas e situações, os conhecimentos construídos e então existentes, a partir do surgimento de novos referenciais. Esses referenciais científicos – próprios das ciências da natureza – são compreendidos por Thomas S. Kuhn no seguinte conceito: “Um paradigma é o que os membros de uma comunidade científica¹⁰⁷, e só eles, partilham. Reciprocamente, é a respectiva possessão de um paradigma comum que constitui uma comunidade científica, formada, por sua vez, por um grupo de homens diferentes noutros aspectos”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ GADAMER, op. cit., 1999, p. 426.

¹⁰⁷ Conforme KUHN, op. cit., 1977, p. 356, “uma comunidade científica consiste nos praticantes de uma especialidade científica”.

¹⁰⁸ Idem, p. 355.

A formação de um *paradigma* não se constitui, em si, numa desvantagem. Ao contrário, a ciência avança pelo surgimento de um novo paradigma, quando a comunidade migra para o novo referencial, deixando para trás o conhecimento até então produzido. E, como refere Kuhn,

Quando, pela primeira vez, no desenvolvimento de uma ciência da natureza, um indivíduo ou grupo produz uma síntese capaz de atrair a maioria dos praticantes de ciência da geração seguinte, as escolas mais antigas começam a desaparecer gradualmente. Seu desaparecimento é em grande parte causado pela conversão de seus adeptos ao novo paradigma.¹⁰⁹

O paradigma, então, é um propulsor do conhecimento científico, sendo possível afirmar que opera no sentido de conduzir ao progresso da ciência. Produz uma concentração das atenções científicas, delimitando o campo objetivo de estudo e, mais do que isso, produz uma definição nova e mais rígida do campo de estudos, porque produz um direcionamento da atenção dos cientistas.

Porém, o paradigma que bem pode ser definido como um instrumento de evolução das ciências naturais não serve, ao menos na mesma dimensão, ao Direito Processual. É que esse campo do saber não tem as mesmas conformações das ciências da natureza. Por exemplo, o campo do saber jurídico processual deve também se informar pela perspectiva histórica dos eventos, o que torna esse modo de evolução científica insuficiente para as ciências do espírito.

Na ciência processual, o paradigma atua provocando a restrição da visão do cientista, como reconhece Thomas S. Kuhn: “a pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidas pelo paradigma”¹¹⁰. Quer dizer, então, que o paradigma funciona como um limitador da visão científica, porque a evolução da ciência acontece a partir desse ponto tido como de aceitação pelo grupo científico. Considerado em si, o paradigma não representa um *defeito*, mas cumpre um papel decisivo, na medida em que conduz à segmentação e clara definição do objeto de estudo. Opera, assim, conduzindo a uma investigação profunda acerca de algum aspecto da ciência e o comprometimento com o paradigma produz o avanço científico.

¹⁰⁹ KUHN, op. cit., 1997, p. 39.

¹¹⁰ Idem, p. 45.

Um paradigma, para a ciência, constitui-se num modo de escolha dos problemas que serão objeto da investigação, permitindo que a comunidade científica que o adota tenha aquele grupo de problemas como passível de uma solução possível.

Essas observações levam à conclusão de que o paradigma, em si, é benéfico para a evolução científica, porque se constitui quase uma *ferramenta* que torna possível o avanço da investigação. Não se pode, todavia, pretender fazer dessa afirmação uma generalização também para o Direito Processual.

Entretanto, a ciência jurídica e também o Direito Processual sustentam-se igualmente a partir de paradigmas, utilizando-se de determinados conceitos e modos sintéticos de produção do conhecimento. Um exemplo disso é o paradigma racionalista, o paradigma da verdade, que foi incorporado pela ciência do direito, que passou a operar de acordo com essa formulação.

2.3.1 Racionalismo: a Expressão do Pensamento Cartesiano como Afirmação do Direito Natural

A princípio, a ciência jurídica já registrava, antes mesmo dos séculos XVII e XVIII, um compromisso com um rigor lógico, herdado do Direito Romano. Todavia, o jusracionalismo marca um momento na história da humanidade, representando o surgimento de uma nova concepção de vida e de produção do conhecimento.

Hannah Arendt traz um dos elementos que, seguramente, justifica plenamente a afirmação de que o jusracionalismo representou uma nova concepção de vida, quando aponta a orientação para a ação, ocorrida a partir do século XVII, determinante do abandono da contemplação:

Sem dúvida, a mudança que ocorreu no século XVII foi mais radical do que se pode depreender da simples inversão da ordem tradicional entre a contemplação e a ação. A rigor, essa inversão tinha a ver apenas com a relação entre o pensar e o fazer, ao passo que a contemplação, no sentido original de contemplar a verdade, foi inteiramente abolida.¹¹¹

¹¹¹ ARENDT, op. cit., p. 304.

Esse abandono da contemplação e o comprometimento da comunidade científica para com a ação determinaram o surgimento de um novo paradigma, o paradigma do racionalismo, orientado no sentido de busca do rigor lógico da ciência. E tal paradigma adaptou-se muito bem às ciências da natureza, sendo também incorporado pelo Direito. Como afirma Alf Ross, ao justificar as características do Direito Natural, afirma que “Se despojó de su atuendo teológico y adoptó el ropaje de la ciencia pura, auxiliada por el método matemático-deductivo que fue el gran descubrimiento de la época”¹¹².

A partir do fim da escolástica, com a afirmação do Direito Natural profano, surge uma nova concepção de *ratio*, agora fundada na certeza cartesiana¹¹³, e não mais na compreensão de que o homem, animal racional, era também social e político. Assim, abre-se espaço para o surgimento de um racionalismo diferente, em que não importa mais o obrar social, mas o alcance da verdade. Como afirma Welzel,

La *ratio* es, prescindiendo de toda metafísica aristotélica de forma y materia, simplemente la *clara et distinta perceptio*, el conocimiento claro y distinto, en el que Descartes veía el fundamento de toda certeza. Clara y distintamente, empero, se conoce solo lo que puede concebirse, no simplemente en su apariencia externa, sino en las condiciones que determinan su origen. Los fenómenos, por eso, tienen que desintegrarse en sus diversas partes y reconstruirse después, basándose en el conocimiento de la conexión de ellas; el método analítico y sintético de Galileo y Descartes se convierte en modelo para la nueva teoría del Derecho Natural.¹¹⁴

O jusracionalismo representou a afirmação de um direito natural profano que se alforriou das amarras que mantinham o Direito Natural preso às concepções teológicas da

¹¹² ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Traducción de Genaro R. Carrió. 5. ed. Buenos Aires: EUDEBA, 1994. p. 239. “Despojou-se de seu adorno teológico e adotou a roupagem da ciência pura, auxiliada pelo método matemático-dedutivo que foi o grande descobrimento da época” (tradução livre do autor).

¹¹³ René Descartes sustentou o método para a ciência a partir da Física, repudiando a especulação, própria da filosofia, quando afirma que as noções a respeito da física “mostraram-me que é possível chegar a conhecimentos que são muito úteis para a vida e que, em vez dessa filosofia especulativa que é ensinada nas escolas, é possível encontrar uma prática, pela qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar, dos astros, dos céus e de todos os outros corpos que nos cercam, tão distintamente quanto conhecemos os diversos ofícios dos nossos artífices, poderíamos, do mesmo modo, aplicá-los a todos os usos aos quais são próprios e, assim, tornar-nos senhores e possuidores da natureza [...]” (DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1960. p. 135).

¹¹⁴ WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho – Derecho Natrual y Justicia Material**. Traducción de Felipe González Vicen. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1979. p. 114. “A *ratio* é, prescindiendo de toda a metafísica aristotélica de forma e matéria, simplesmente a *clara et distinta preceptio*, o conhecimento claro e distinto, no qual Descartes via o fundamento de toda a certeza. Clara e distintamente, no entanto, conhece-se apenas o que se pode conceber, não simplesmente em sua aparência externa, senão nas condições que determinam sua origem. Os fenômenos, por isso, têm que se desintegrar nas diversas partes e reconstruir-se depois, baseando-se no conhecimento da conexão das mesmas; o método analítico e sintético de Galileu e Descartes convertem-se no modelo para a nova teoria do Direito Natural” (tradução livre do autor).

Idade Média. Nesse ponto, representou uma evolução para o Direito, no sentido de que garantiu sua independência da doutrina absoluta do divino. O homem, ser racional, é a justificativa para conferir-se uma nova abordagem ao conhecimento científico e também à ciência jurídica. Wieacker é quem percebe esse aspecto:

Se voltarmos à influência particular sobre a *história do direito*, são os traços metodológico-sistemáticos do jusracionalismo e a sua emancipação em relação à teologia moral que caracterizam o jusnaturalismo moderno do continente europeu. Como *teoria*, ele liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específicos – a construção a partir de conceitos gerais; como exigência *prática* fornece desde logo à crítica do direito, e depois à própria legislação um novo padrão moral.¹¹⁵

A idéia de existência de um Direito Natural também contribuía para a desconsideração dos fatores que implicavam a compreensão do Direito. Informado pelo Direito Natural¹¹⁶ e pela expectativa de atingimento de leis de validade universal, o racionalismo sustentava-se exatamente na descontextualização do Direito. Um Direito inserido numa realidade local e temporal não servia aos propósitos naturalistas e, assim, justificou-se a utilização de um método capaz de atender a esses objetivos. Esse método precisava ser capaz de conferir uma validade universal ao Direito que poderia ser obtida a partir da afirmação da atemporalidade e supra-espacialidade. Assim, Kaufmann afirma que

Os juristas racionalistas procediam totalmente de acordo com a escolástica, na medida em que também eles estavam convencidos da possibilidade de, a partir de um reduzido número de princípios superiores apriorísticos, extrair, através da pura dedução, todas as restantes regras de direito, sem ter em conta a realidade empírica, as circunstâncias espaciais e temporais (pois só assim se acreditava poder-se

¹¹⁵ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967. p. 306.

¹¹⁶ É interessante, nesse sentido, registrar a utilização do Direito Natural como recurso retórico, que é percebida por José Luis de Los Mozos: “La otra utilización del Derecho Natural, como mera referencia ideal o como simple recurso retórico, también tiene su origen en otras tendencias metodológicas, todavía más divulgadas y extendidas actualmente, aunque procedan de un tiempo más lejano. Efectivamente, arrancan del racionalismo. De un intento por construir el sistema jurídico *more geométrico*, como consecuencia de reducir la relación entre verdad y método, únicamente, a lo que es susceptible de ser demostrado por aquel medio, con lo que el derecho, la moral, la historia quedan, a partir de entonces, en una incómoda situación metodologicamente hablando. Pero ésta todavía se agrava más como consecuencia de la Ilustración, cuando aquella idea se transforma en ideología” (MOZOS, Jose Luis de los. **Derecho Civil (Metodo, Sistemas y Categorías Jurídicas)**. Madrid: Civitas, 1988. p. 21). “A outra utilização do Direito Natural, como mera referência ideal ou como simples recurso retórico, também tem sua origem em outras tendências metodológicas, todavia mais divulgadas e estendidas atualmente, ainda que procedam de um tempo mais distante. Efectivamente, arrancam do racionalismo. De um propósito de construir o sistema jurídico *more geométrico*, como consequência de reduzir a relação entre verdade e método, unicamente, ao que é suscetível de ser demonstrado por aquele meio, com o que o direito, a moral, a história ficam, a partir de então, em uma incômoda situação metodologicamente falando. Esta, no entanto, agrava-se ainda mais como consequência do Iluminismo, quando aquela idéia transforma-se em ideologia” (tradução livre do autor).

assegurar ao direito natural a validade universal, para todos os tempos e para todos os homens). Na realidade, acabava por se proceder empiricamente, quando se pediam “empréstimos” ao direito romano, cuja racionalidade se enaltecia (era o tempo da recepção). Só assim puderam nascer os grandes códigos jusnaturalistas.¹¹⁷

Era necessária a utilização de um método que garantisse a universalidade, exatamente porque essa era uma das premissas sustentadoras do Direito Natural. Somente um Direito que se afinasse a essa condição – garantir a validade universal – poderia servir aos seus propósitos. Do contrário, estaria comprometida a própria afirmação do Direito Natural.

2.3.2 A Validação Universal do Direito e a Afirmação do Paradigma Racionalista

A universalidade era uma das características do Direito Natural. Todos os homens carregavam, em si, os fundamentos desse Direito como algo imanente ao próprio ser. Embora o fundamento primeiro de sua existência fosse Deus, era na revelação humana que o Direito Natural efetivamente acontecia, como apontou Christian Thomasius, “el derecho natural, como está escrito en los corazones de cualquier persona, no necesita ser revelado por otros ni de una autoridad exclusiva; por eso se llama divino, a saber, porque tiene su origen en el autor de toda naturaleza, también de la naturaleza humana, en Dios”¹¹⁸.

E essa natureza estava fundada na razão humana, por isso que Hugo Grocio afirmava que “suelen comprenderse bajo el nombre de la Naturaleza las costumbres comunes conformes a la razón natural”¹¹⁹. Quando se sustentou a existência de uma razão natural, comum à essência da natureza humana, conduziu-se à idéia de universalidade, na medida em que qualquer homem, apenas por ser homem, é racional em qualquer espaço e em qualquer tempo.

Referindo Jhering, como um dos precursores da universalidade da ciência jurídica, Bobbio afirma que

¹¹⁷ KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., p. 93.

¹¹⁸ THOMASIIUS, Christian. **Fundamentos de Derecho Natural y de Gentes**. Traducción de Salvador Rus Rufino y Maria Asunción Sánchez Manzano. Madrid: Tecnos, 1994. p. 220. “O direito natural, como está escrito nos corações de qualquer pessoa, não necessita ser revelado por outros nem de uma autoridade exclusiva, por isso chama-se divino, ou seja, por ter sua origem no autor de toda natureza, também da natureza humana, em Deus” (tradução livre do autor).

¹¹⁹ GROCIO, Hugo. **Del Derecho de la Guerra y de la Paz**. Traducción de Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Reus, 1925. Tomo III. p. 39. “costuma compreender-se sob o nome da Natureza os costumes comuns conforme a razão natural” (tradução livre do autor).

Esta idéia de uma ciência jurídica universal estava muito mais próxima da concepção racionalista do que da concepção historicista do direito. A universalidade da ciência jurídica é possível porque se serve de um método próprio, de certas técnicas de pesquisa elaboradas e refinadas através dos séculos, as quais são válidas para o estudo de qualquer ordenamento. Jhering define este método como um *precipitado* da sã razão humana em matéria de direito”.¹²⁰

Assim, a justificativa para a recepção do método, pelo jusracionalismo, também encontra resposta na tentativa de validação universal do Direito. O embate que se criou entre o Direito Natural e os ordenamentos positivos também explica a busca pelo rigor lógico, indispensável para sustentação desse novo modo de pensar que se impunha.

Não bastava ao jusracionalismo a crítica ou a contestação aos ordenamentos positivados. Era preciso mais, já que compatibilizar o Direito Natural emergente era condição de sua afirmação e sobrevivência. Essa constatação é de Wieacker, que reconhece esse aspecto decisivo. Não bastava a crítica, era necessário garantir a validade dessa nova filosofia:

O jusracionalismo recebeu da tradição, quase sem alterações, o método de argumentação. Ele recebeu sobretudo as construções auxiliares características que de há muito tinham que dominar, do ponto de vista lógico, o seu problema fundamental, ou seja, a relação do direito natural com os direitos positivos existentes. O conhecimento destas construções é indispensável para a compreensão da influência do jusracionalismo sobre o sistema e teoria do direito privado. Como teoria que quer fundamentar a validade de todo o direito, o jusracionalismo não se pode bastar com os protestos de uma consciência jurídica ferida ou com o acordo de uma outra já saturada; deve antes tornar inteligível, através de meios lógicos, a vigência do direito ou a sua crítica. Em especial, sempre que ele abandona a fase da crítica permanente ou de recusa revolucionária do existente e se compreende como filosofia de uma ordem determinada, ele deve compatibilizar a validade da situação constitucional ou jurídica positiva com postulados supra-positivos. Foi esta tarefa que o pensamento ocidental tentou realizar através do modelo ou símbolo de um *contrato social*”.¹²¹

O jusracionalismo marcou-se, assim, pelo rigor no método que também foi uma das formas encontradas para garantir a validade das leis agora consagradas e para sustentar a afirmação do antropocentrismo em face do teocentrismo. Esse deslocamento do eixo de sustentação filosófica representa, aliás, a efetiva mudança afirmada pelo jusracionalismo. O homem, agora sujeito, somente o é diante de um mundo explicável racionalmente. Por isso

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi et. al. São Paulo: Ícone, 1995. p. 123.

¹²¹ WIEACKER, op. cit., p. 300.

a incessante necessidade de garantir-se a verdade e a certeza¹²², afastando-se do provável e do plausível.

Aos olhos do racionalismo, a construção lógica representava a afirmação de que o homem, expoente desse momento, revestia condições de superar o deslocamento do eixo de compreensão, desviando-se do teocentrismo. Quando percebe tal aspecto, Grondin afirma que “era pressuposição básica do racionalismo, que o espírito humano, embora mortal, tinha, não obstante, condições de reconhecer, com ajuda de seu pensamento, a construção lógica e coerente do mundo”¹²³.

A justificativa para essa qualidade, típica do jusracionalismo, está na compreensão do antropocentrismo e na necessidade de sua afirmação. O homem ousou desafiar Deus. Era natural que esse desafio exigisse muito, como fez o racionalismo. Verdades prováveis não eram suficientes para se contraporem à sabedoria divina. Era preciso mais, era necessário o esgotamento das possibilidades, para alcançar-se a certeza. É assim que Wieacker afirma essa nova concepção, derivada da nova postura antropológica:

No jusracionalismo médio, os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social. Eles transformaram também o homem, como ser social, em objecto de observação e de conhecimento liberto de pressupostos, procurando, assim, as leis naturais da sociedade. O jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece, não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou

¹²² De acordo com Welzel, “El Estado y su Derecho han cumplido ya su cometido esencial si son capaces de oponer al *bellum omnium contra omnes* un orden que garantice la existencia de los ciudadanos.Cuál haya de ser el contenido de este orden es, en cambio, una cuestión secundaria. La teoría idealista del Derecho Natural descuidaba el problema de la existencia real de un orden jurídico y hacía de esta cuestión secundaria su único problema, creyendo poder deducir de la “naturaleza” del hombre ciertos principios éticos materiales. Dada su idea del hombre, este camino se hallaba cerrado desde un principio para Hobbes. Si el hombre es un ser peligroso, destructor, malvado, no es posible deducir de su “naturaleza” ninguna estructura axiológica para la vida humana en común. De la *natura corrupta* se deduce, sin duda, la necesidad de un orden, pero no su contenido. Mientras que la certeza de una verdad matemática o geométrica, el contenido del orden estatal es de carácter contingente” (WELZEL, op. cit., p. 120). “O Estado e seu Direito já cumpriram sua obrigação essencial se são capazes de opor ao *bellum omnium contra omnes* uma ordem que garanta a existência dos cidadãos. Qual tenha de ser o conteúdo dessa ordem é, em contrapartida, uma questão secundária. A teoria idealista do Direito Natural não se importava com o problema da existência real de uma ordem jurídica e fazia dessa questão secundária seu único problema, crendo poder deduzir da “natureza” do homem certos princípios éticos materiais. Devido a sua idéia acerca do homem, este caminho encontrava-se fechado desde o princípio para Hobbes. Se o homem é um ser perigoso, destrutor, malvado, não é possível deduzir da sua “natureza” nenhuma estrutura axiológica para a vida humana em comum. Da *natura corrupta* se deduz, sem dúvida, a necessidade de uma ordem, mas não seu conteúdo. Diversamente da certeza de uma verdade matemática ou geométrica, o conteúdo da ordem estatal é de caráter contingente” (tradução livre do autor).

¹²³ GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 118.

(na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através das leis naturais.¹²⁴

A partir do Racionalismo, a razão aparece como a possibilidade de superação de todos os obstáculos que se apresentavam ao mundo da época ou, nas palavras de Merryman, “La Ragione fu considerata la forza dominante dell’uomo, capace di abolire com il corretto esercizio di essa – il prudente ragionare di ogni individuo intelligente – tutti gli ostacoli”¹²⁵.

Continuando a discorrer sobre o pensamento racionalista, Wieacker justifica a necessidade de demonstração matemática, própria do jusracionalismo, quando reconhece que “A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas [...]”¹²⁶.

Ao referir o modo de produção do conhecimento filosófico no século XVII, Cassirer reconhece que se tratou essencialmente da busca da certeza que pudesse ser logicamente demonstrável, numa precisão absoluta. Depois de referir que a tarefa que se apresentava era a de criar uma conexão a partir de uma certeza absoluta, Cassirer reconhece a necessidade de percorrer-se uma “cadeia do cognoscível” e que “Nenhum elo dessa cadeia pode ser separado do conjunto, nenhum deles se explica nem se conclui por si mesmo”¹²⁷.

Como sustentador do Iluminismo, o Racionalismo teve o papel de conferir e justificar as profundas alterações por ele trazidas, o que torna facilmente explicável a sua atração pelas fórmulas exatas, pela verdade absoluta e pelo culto à racionalidade.

O Iluminismo representou uma ruptura dos padrões morais e religiosos. Representou, também, a busca de um novo sentido para a vida. Representou uma humanização do pensamento e essa humanização foi possível através da justificação racionalista. Essa constatação é de Wieacker, quando reconhece que

¹²⁴ WIEACKER, op. cit., p. 288

¹²⁵ MERRYMAN, John Henry. **La Tradizione di Civil Law nell’ Analisi di un Giurista di Common Law**. Traduzione de Anna de Vita. Milano: Giuffrè, 1973. p. 28. “A Razão foi considerada a força dominante do homem, capaz de abolir com seu correto exercício – o prudente racionalismo de cada individuo inteligente – todos os obstáculos” (tradução livre do autor).

¹²⁶ WIEACKER, op. cit., p. 288.

¹²⁷ CASSIRER, Ernst. **A Filosofia do Iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: Unicamp, 1992a. p. 24.

[...] ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais”.¹²⁸

Nessa mesma ordem, o pensamento de Merryman que traz, inclusive, a idéia de superação dos tradicionais esquemas mentais – foi a formação de um novo paradigma – produzindo uma revolução nos campos social, econômico e político, a partir da transformação intelectual produzida pelo Iluminismo:

La profonda trasformazione intellettuale compiutasi con l’Illuminismo produsse quegli eventi politici di straordinaria importanza per la storia del mondo moderno. Le nuove concezioni sull’uomo, la società, l’economia e lo Stato superarono i vecchi schemi mentali a lungo radicati nei rapporti fra Stato e individuo, e, perfino in quei Paesi occidentali rimasti indenni dalla violenza rivoluzionaria.¹²⁹

Embora emancipando-se dos padrões morais teológicos e iluminando-se pela racionalidade humana, que conferia uma nova ótica científica, os juristas do racionalismo não se desligaram do método que viera da Idade Média. A escolástica permaneceu como método, contribuindo para a racionalização dos procedimentos e pela busca pelo Direito Lógico.

Gadamer reconhece a influência das ciências naturais sobre as ciências do espírito, inclusive creditando essa influência ao Racionalismo, na medida em que a garantia do método tem a função de assegurar a certeza, afastando os juízos que não a tenham como fundamento:

Somente a fundamentação, a garantia do método (e não o encontro com a coisa como tal) confere ao juízo sua dignidade. Aos olhos do *Aufklärung*, a falta de fundamentação não deixa espaço a outros modos de certeza, pois significa que o juízo não tem um fundamento na coisa, que é um juízo “sem fundamento”. Essa é uma conclusão típica do espírito do racionalismo. Sobre ele repousa o descrédito dos preconceitos em geral e a pretensão do conhecimento científico de excluí-los totalmente.¹³⁰

¹²⁸ WIEACKER, op. cit., p. 354.

¹²⁹ MERRYMAN, op. cit., p. 25. “A profunda transformação intelectual operada pelo Iluminismo produz alguns eventos políticos de extraordinária importância para a história do mundo moderno. As novas concepções sobre o homem, a sociedade, a economia e o Estado superam os velhos esquemas mentais há muito existentes nas relações entre Estado e indivíduo e, também, os países ocidentais permanecem a salvo da violência revolucionária” (tradução livre do autor).

¹³⁰ GADAMER, op. cit., 1999, p. 408.

A promiscuidade entre os diversos campos do saber científico deveu-se também à atuação da própria Filosofia que elaborou uma visão conexas das ciências. Os ideais humanistas que se valeram da racionalidade para sua afirmação espalharam-se por todo o pensamento científico, produzindo a “contaminação” de todo o conhecimento científico, inclusive pelo modo operacional das ciências da natureza.

Essa atuação da Filosofia não se restringiu ao conhecimento científico, mas também alcançou o campo da religião e o próprio Estado, como reconhece Dilthey:

Este progresso das ciências do século XVIII fica freado, porém, pelas idéias filosóficas. Ao diferenciar-se o trabalho das ciências particulares, aparece a função nova da filosofia, que consistirá em atuar por meio do espírito filosófico de cada investigador, que nasce da visão conexas das ciências. Todo o século transborda com o ideal cultural do progresso do gênero humano e do conhecimento e domínio da natureza, com uma religiosidade racional fundada no pensamento, na consciência moral e na direção, graças a princípios racionais, tanto da vida econômica e política quanto da educação. A filosofia, instrumento destas grandes idéias da Ilustração, atua dentro do estado e da igreja com um sentido reformador.¹³¹

Embora Wieacker perceba que, nesse mesmo período, verificou-se a libertação da filosofia da moral, aponta a mesma atuação da filosofia, conduzindo à conexidade científica referida por Dilthey:

Um traço característico da época do direito racionalista reside, todavia, tanto no facto de que durante toda uma época a própria filosofia social, sem a mediação ou a elaboração da jurisprudência especializada estabelecida, teve a pretensão de se tornar em teoria do direito como neste outro facto de que ela levou a cabo este programa num período em que ela própria, por seu lado, se emancipou da teoria moral.¹³²

A preocupação com a certeza representou uma das marcas do Racionalismo. A certeza galgou a categoria de um valor jurídico abstrato, cuja atuação é comparada por Merryman “come la regina nel giuco degli scacchi può muoversi in ogni direzione”¹³³. A certeza torna-se, assim, um valor supremo, um dogma indiscutível, o que termina por produzir uma técnica científica adaptada a essa exigência, produzindo uma ciência processual mecanicizada.

¹³¹ DILTHEY, Wilhelm. **História da Filosofia**. Tradução de Silveira Mello. São Paulo: Exposição do Livro, 1972. p. 151.

¹³² WIEACKER, op. cit., p. 280.

¹³³ MERRYMAN, op. cit., p. 73. “como a rainha no jogo do xadrez pode movimentar-se em qualquer direção” (tradução livre do autor).

2.3.3 Racionalismo e Processo: Razão e Certeza numa Ciência de Incertezas

A dogmatização em torno da certeza também ocorreu na Ciência Processual que a incorporou como um paradigma, orientando-se em sua busca e procedendo no sentido de alcançá-la. Reconhecendo essa circunstância, Engisch fixa no tempo a rigorosa vinculação do juiz à lei, como forma de garantir a segurança jurídica:

Houve um tempo em que tranqüilamente se assentou a idéia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídica absolutas, através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos.¹³⁴

Esse aspecto pode ser percebido inclusive a partir da obra de Pontes de Miranda, num excerto do Tratado das Ações, quando, ao classificar a ação mandamental, Pontes reconhece que alguns juristas europeus preocuparam-se de fato com tal classe de ação, “mas faltava a investigação lógico-matemática da classificação científica das ações e das sentenças, onde, no estrangeiro e no Brasil, principalmente por influência dos livros italianos, há balbúrdia, e até absurdos na enumeração das classes de ações”¹³⁵. Essa afirmação, de fato, é preciosa para comprovar a influência das ciências exatas na ciência processual.

Aliás, a busca da certeza, incessante luta do Direito Processual, expressa através do processo de conhecimento, não considera o fato de que a transformação da inicial incerteza realiza-se, exatamente, através de uma atividade eminentemente subjetiva que é aquela do julgador.

Essa atividade transformadora da incerteza jurídica em *certeza*, utilizando-se de um meio essencialmente subjetivo, é a confirmação do dogma que impregna a ciência processual, incapaz de perceber a contradição em que se insere. Mandrioli reconhece tal aspecto, quando diz que “il vero è che, non appena surge il processo, l’incertezza obbiettiva si esprime nell’incertezza soggettiva di quell’organo che è destinato a eliminarla: il giudice”¹³⁶, concluindo, enfim, que o resultado obtido (certeza) decorre do convencimento.

¹³⁴ ENGISCH, op. cit., p. 206.

¹³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. Tomo VI. p. 9.

¹³⁶ MANDRIOLI, Crisanto. **L’Azione Esecutiva**. Milano: Giuffrè, 1955. p. 322. “A verdade é que, tão logo surge o processo, a incerteza objetiva exprime-se na incerteza subjetiva daquele órgão que é destinado a eliminá-la: o juiz” (tradução livre do autor).

A univocidade de sentido, que o jusracionalismo procura conferir à norma legal, retira do julgador a possibilidade de interpretar, usurpando, assim, o seu poder criativo. Suprime-se inclusive sua autonomia crítica e o julgador não age *valorativamente*, mas apenas *descobre* a unívoca vontade do legislador. Como diz Merryman, o juiz aparece quase como um perito técnico¹³⁷, que deverá revestir tão somente a habilidade de, rotineiramente, aplicar a solução legal para o caso concreto. A premissa maior é a lei, a menor é o fato concreto, e a solução desponta espontaneamente.

Nesse ponto, há um aspecto importante que não pode passar despercebido: quando se retira a autonomia do julgador, impondo-se a ele apenas a função de descobridor do sentido unívoco da lei, transfere-se ao legislador a responsabilidade pela realização da justiça. Se o juiz apenas descobre um unívoco sentido da lei, numa tarefa matemática, então a realização dos ideais de justiça é própria do legislador e de ninguém mais.

Essa característica faz do Direito Processual uma ciência que enfrenta um paradoxo constante. De um lado, a espera da segurança jurídica absoluta, o anseio pela uniformidade das decisões judiciais e a sistematização de seus códigos e instrumentos. De outro, a expectativa do mundo contemporâneo em relação à atividade jurisdicional, tão diferente daquele do século passado. Na verdade, a busca do sentido unívoco da norma jurídica, da “vontade” do legislador, marca da função declarativa da jurisdição, impede a compreensão do texto legal, como reconhece Ovídio Baptista da Silva:

[...] como seria impensável supor que a lei tivesse “duas vontades”, toda norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido *unívoco*. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la” mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade”.¹³⁸

Essa busca pela univocidade do sentido da lei que eliminou a compreensão hermenêutica traduziu-se na redução da função jurisdicional à função declaratória ou, como

¹³⁷ Diz o autor que “il processo de interpretazione ed applicazione giurisprudenziale del diritto nei Paesi continentali appare quindi ridotto ad una mera *routine*. Il giudice diviene quasi un perito tecnico, che deve affrontare fattispecie concrete per le quali la pronta soluzione legislativa sarà in genere automaticamente trovata, salvo in casi eccezionali” (MERRYMAN, op. cit., p. 56). “o processo de interpretação e aplicação jurisprudencial do direito nos países continentais aparece portanto reduzido a uma mera *routine*. O juiz torna-se quase um perito técnico, que deve resolver fatos concretos para os quais geralmente é encontrada uma solução legislativa automática, salvo em casos excepcionais” (tradução livre do autor).

¹³⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e Coisa Julgada**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 266.

refere Ovídio Baptista da Silva, “o *racionalismo*, especialmente nos sistemas jurídicos herdeiros da tradição romano-canônica, tornou a tarefa judicial conceitualmente limitada a descobrir e *verbalizar* a “vontade da lei”¹³⁹.

Enfim, não cabe nessa tarefa descobridora, que se confere ao julgador, qualquer espaço de autonomia crítica: é possível, assim, garantir a “neutralidade” do julgamento, atendendo-se também aos propósitos da validade universal do Direito. A segurança jurídica constituiu-se num elemento que o racionalismo valorizou ao extremo, em prejuízo do próprio ideal de alcance da justiça. Para Hernández Gil, o paradigma racionalista que se incorporou ao Direito produziu o sacrifício do caráter individual das regras e do próprio ideal do Direito. Representou, assim, um triunfo da certeza que, como reconhece o autor, terminou por estereotipar o direito.¹⁴⁰

É a afirmação de um descomprometimento da atividade jurisdicional com a realização da justiça, numa explícita “transferência” dessa função para o legislador.

A importância conferida à segurança jurídica, conseqüência do desejo incontido de alcance de um Direito perfeitamente determinável, justificou também o desenvolvimento dos sistemas legalistas e de sua expressão através da codificação. Como afirma Ovídio Baptista da Silva, “é interessante observar como o predomínio da *segurança* sobre os ideais de *justiça* que, na Europa continental, deu ensejo à era das codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa”¹⁴¹.

¹³⁹ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2003, p. 269.

¹⁴⁰ Antônio Hernández Gil afirma que “el conocimiento del Derecho pasó de la doxa (el practicismo no importa que erudito de los glosadores y exegetas) y de la filosofía (el Derecho natural racionalista) a la ciencia. Estos dos grandes sacrificados ante la ciencia – las reglas en su individualidad y el ideal del Derecho – no han dejado de formular protestas y reivindicaciones, que algunas veces se han convertido en incompatibles, pero es lo cierto que la ciencia jurídica quedó estereotipada, como hemos dicho, a imagen de la naturaleza y de la lógica” (GIL, Antonio Hernández. **Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981. p. 23). “o conhecimento do Direito passou da doxa (o praticismo não importa à erudição os glosadores e exegetas) e da filosofia (o Direito Natural racionalista) para a ciência. Estes dois grandes prejudicados diante da ciência – as regras em sua individualidade e o ideal do Direito – não deixaram de formular protestos e reivindicações, que algumas vezes se converteram em incompatíveis, mas é certo que a ciência jurídica ficou estereotipada, como temos dito, à imagem da natureza e à da lógica” (tradução livre do autor).

¹⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 105.

A codificação representou a materialização dos propósitos de alcance da certeza e da segurança que fluíam através da lei, escapando do subjetivismo do julgador. A incorporação de métodos de raciocínio e dedução lógicos, a completa absorção do espírito científico peculiar daquele momento histórico, conduziram os rumos da ciência jurídica. A propósito, Wieacker elege como a mais importante contribuição do jusracionalismo para o Direito Privado europeu o seu sistema, afirmando que

Para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito *positivo*, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais.¹⁴²

E, juntamente com os códigos, absorveu-se o componente ideológico que impregna o Direito Processual em sua essência. A própria estruturação dos códigos é o produto de um arranjo ideológico, no dizer de Tarello “no obstante el valor unívoco que la reflexión del siglo XIX ha dado al *código*, no es una ideología, sino que es la confluencia de diversos y discrepantes complejos ideológicos, que vemos presidir la gestación de los derechos codificados”¹⁴³.

Todavia, a confluência desses diferentes e discrepantes complexos ideológicos, que produziu a codificação do Direito, não significa que esses códigos estivessem comprometidos com posições conservadoras. Ao contrário, as codificações foram produto de atitudes revolucionárias, carregando, em geral, a expectativa de construção de uma nova sociedade.

É por isso que, examinando-se o conteúdo desses códigos, não há como emprestar validade à idéia de que mantivessem o Direito atado ao passado. Ao contrário, sua concepção está atrelada à afirmação de um novo ordenamento, modernizado e afeiçoado às revoluções do século XVIII. É de Wieacker essa constatação:

Os códigos jusracionalistas foram actos de transformação revolucionária. Acerca desta afirmação não deve ser omitido que eles apenas em França e nas áreas de seu domínio de influência foram levados à prática pelos portadores da revolução

¹⁴² WIEACKER, op. cit., p. 309.

¹⁴³ TARELLO, Giovanni. **Cultura Jurídica y Política del Derecho**. Traducción de Isidro Rosas Alvarado. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 40. “Inobstante o valor unívoco que a reflexão do século XIX deu ao *código*, não é uma ideologia, mas a confluência de diversos e discrepantes complexos ideológicos, que vemos dominar a gestação dos direitos codificados” (tradução livre do autor).

política, enquanto que no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido. Enquanto que desde o *Corpus Iuris* até o início deste século a edição legislativa em geral fora, na maior parte dos casos, o último dos frutos de uma antiga tradição científica, estas novas codificações entendem-se antes como pré-projectos de um futuro melhor. Elas recordam eventualmente, na sua conformação violenta com a tradição, a vontade impetuosa de reforma com que, no nosso século, os estadistas progressistas dos países não europeus receberam os códigos europeus para fazer dos seus povos nações modernas. Foi por esses mesmos motivos que os códigos jusnaturalistas protestaram muito freqüentemente e de forma expressa contra os costumes e preconceitos que se lhes opunham.¹⁴⁴

A codificação não significou um momento reacionário, mas caracterizou o empenho e comprometimento com os propósitos do direito natural que tinham na justiça seu ideal. Alf Ross, a esse propósito, afirma que “Em la filosofia del derecho natural, la idea de justicia ha ocupado siempre un lugar central”¹⁴⁵. Então, através da valorização da segurança, pretendia-se a afirmação da própria justiça, afirmada no Direito, em oposição à moral. Por isso, era perfeitamente compatível e justificada a codificação que se procedia.

Isso foi possível a partir daquilo que Alf Ross denomina “admissão de uma duplicação do sistema jurídico”, onde se aceitou a existência do Direito Natural, como um conjunto de direitos subjetivos, por trás da própria categoria dos direitos subjetivos.¹⁴⁶ De qualquer maneira, um dos perversos efeitos das codificações é que, a partir delas, o Direito passa a ser considerado um corpo de autorizado de normas, imaginado como um sistema fechado, que contenha em si as fórmulas para solução dos casos que se apresentam.

Essa compreensão dissocia o Direito da realidade social em que está inserido, mantendo-o como um conjunto de fórmulas abstratas¹⁴⁷, como define Brutau:

¹⁴⁴ WIEACKER, op. cit., p. 367.

¹⁴⁵ ROSS, op. cit., p. 261. “Na filosofia do direito natural, a idéia de justiça sempre ocupou um lugar central” (tradução livre do autor).

¹⁴⁶ O autor afirma que “[...] los hombres fueron inducidos a admitir una duplicación del sistema jurídico: por detrás o por encima de las relaciones jurídicas fácticas (expresadas principalmente en la categoría “derecho subjetivo”) existía otro conjunto de derechos subjetivos, los derechos naturales. De acuerdo con esta idea se llegó a una distinción tajante entre el derecho y la moral” (Idem, p. 242). “os homens foram induzidos a admitir uma duplicação do sistema jurídico: atrás ou acima das relações jurídicas fácticas (expressas principalmente na categoria “direito subjetivo”) existia outro conjunto de direitos subjetivos, os direitos naturais. De acordo com esta idéia chegou-se a uma distinção evidente entre o direito e a moral” (tradução livre do autor).

¹⁴⁷ Brutau afirma que “não incorriam neste equívoco os romanos, para quem o Direito não era um ordenamento jurídico cerrado, teoricamente sem lacunas, do qual se pudesse deduzir com exatidão a regra aplicável ao caso controvertido [...]” (BRUTAU, op. cit., p. 132).

[...] o Direito, como algo vivo e diferente dos mandatos da autoridade e da doutrina das escolas, formou-se e se forma incessantemente graças à atividade criadora dos práticos, em íntimo contato com a vida social. Os que têm por ocupação profissional prevenir ou resolver os conflitos de interesse são, esses, os que promovem de uma maneira decisiva a evolução do Direito.¹⁴⁸

Essa dimensão, enfim, é tolhida pelas condificações e pela abstração do Direito Processual.

A partir do paradigma racionalista, impôs-se a criação e desenvolvimento de um Direito mais eficaz na consecução de objetivos políticos e econômicos. Não se pôs tanto o Direito como uma instância de cooperação, mas conferiu-se um caráter mais instrumental. “O novo direito deverá ser cada vez mais *procedimentalista*”¹⁴⁹, diz José Reinaldo Lima Lopes, quando reconhece tal circunstância.

Seguindo essa linha, a partir do historicismo, afirmou-se ainda mais o culto ao procedimento, amparado pela busca do rigor lógico. A *certeza* passa a ocupar um lugar de destaque, justificando-se até mesmo como um valor social, como referido por Chiovenda, quando diz que “la certezza del diritto, imponendosi alle menti di tutti, accresce, come vedemmo, la sua importanza sociale”¹⁵⁰. E o esquecimento da tradição, nesse momento, implicou a consolidação de uma ciência jurídica dissociada da dimensão moral e comprometida com a idéia de que o alcance de seus propósitos derivaria da certeza e do rigor procedimental. Wieacker reconhece esse grave aspecto, quando afirma:

¹⁴⁸ BRUTAU, op. cit., p. 131.

¹⁴⁹ LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História**. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 181.

¹⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993. Volume Terzo. p. 67. “a certeza do direito, impondo-se nas mentes de todos, aumenta, como vemos, a sua importância social” (tradução livre do autor). Em outra passagem, Chiovenda esclarece esse pensamento, aduzindo que “questa produzione della certezza giuridica come fine a se stessa è da un lato la funzione più autonoma del processo, perché procaccia un bene non altrimenti conseguibile: dall’altro è veramente la funzione più elevata del processo civile. Esso ci si presenta qui, non come un organismo di coazione, ma nell’aspetto più perfezionato e più raffinato di puro strumento di integrazione e specializzazione della volontà, che è espressa nella legge sollo in forma generale ed astratta; di facilitazione della vita sociale mediante l’eliminazione dei dubbi che intralciano il normale svolgimento dei rapporti giuridici. Assicurare alle relazione degli uomini la certezza, prevenire gli atti illegittimi anziché colpirli col peso di gravi responsabilità, ecco un compito bem degno del processo di un popolo civile”. “esta produção da certeza jurídica como fim em si mesma é de um lado a função mais autônoma do processo, porque busca um bem não alcançável de outro modo: por outro lado, é verdadeiramente a função mais elevada do processo civil. Isso apresenta-se aqui, não como um organismo de coação, mas no aspecto mais aperfeiçoado e mais refinado de puro instrumento de integração e especialização da vontade, que se expressa na lei apenas de forma geral e abstrata; de facilitação da vida social mediante a eliminação das dúvidas que impedem o normal desenvolvimento das relações jurídicas. Assegurar às relações humanas a certeza, preverir os atos ilegítimos ao invés de atacá-los com o peso de grave responsabilidade, aí está uma tarefa muito nobre do processo de um povo civilizado” (tradução livre do autor).

Quando os “Fundamentos metafísicos da teoria do direito”, de Kant, derrubaram, com meios filosóficos, o apriorismo ingênuo do direito natural racionalista, estas tendências uniram-se, na Escola Histórica do direito, no sentido de uma visão histórica mais aprofundada das fontes jurídicas romanas (e alemãs) e de uma renovação total da ciência jurídica positiva. Em vez da filosofia moral do iluminismo, cada vez mais banalizada, foi uma ciência jurídica segura de si que exigiu então como tarefa própria a fundamentação do direito; foi-se tornando dominante a convicção de que o direito se esgotaria na suma das teses jurídico-dogmáticas, e, depois, a de que ele se esgotava na suma das prescrições legais. Com isto, a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele carácter de moral sobreposta ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do jusracionalismo moderno; daí que ela tenha ficado na convicção, muito tributária do jusracionalismo, de que através do sistema e da concatenação lógica dos conceitos gerais se podia atingir o direito justo.¹⁵¹

Por sua vez, Gadamer percebe nesse ponto o deslocamento da discussão para a questão hermenêutica: a perda da tradição histórica representou um momento em que se permitiu o surgimento da compreensão hermenêutica que, todavia, não foi capaz de afastar o compromisso com o rigor lógico.

Porém, a questão da hermenêutica penetrou mais fortemente na consciência filosófica do problema não só quando teve que superar em âmbitos particulares uma distância de altura e uma distância de longitude – como era o caso dos documentos religiosos, dos textos legais ou dos clássicos em línguas estrangeiras – mas também quando o todo da tradição histórica se deslocou para uma grande distância.¹⁵²

A seguir, o autor reconhece que esse deslocamento operou-se a partir da ruptura da tradição provocada pela Revolução Francesa. Como afirma o autor, “o passado, enquanto tal, tornara-se estranho”¹⁵³.

A partir daí, afirma que o Romantismo se converteu em pioneiro da consciência histórica e que começou a trilhar caminho completamente novo. Isso justificou, então, um esforço específico para não interpretar mal os textos, já que a nossa imagem histórica do passado foi situada num campo totalmente novo. Foi preciso um cuidado maior com as regras gramaticais e, ainda, fez-se necessário o estabelecimento de uma relação objetiva entre os enunciados do texto e a própria compreensão do assunto.

¹⁵¹ WIEACKER, op. cit., p. 13.

¹⁵² GADAMER, op.cit., 1983, p. 65.

¹⁵³ Id-Ibidem.

Gadamer afirma, porém, que a época pós-romântica não foi capaz de satisfazer ao estabelecimento dessa razão, donde conclui que o procedimento da exegese não encontrou espaço, em face do compromisso com os métodos das ciências da natureza:

A progressiva autoconsciência lógica das ciências indutivas significou um poderoso apoio para esta autocompreensão. Por esta razão se procurou seguir o grande modelo das ciências naturais e, como nelas, se considerou que o ideal consistia em eliminar todo pressuposto subjetivo. Assim como para a investigação da natureza, o experimento, que qualquer um pode comprovar, representa um fundamento de verificação, também na interpretação dos textos procurou-se aplicar procedimentos suscetíveis de controle de prova. O velho procedimento da exegese, especialmente a coleção de casos paralelos, findou do ponto de vista histórico-crítico.¹⁵⁴

Essa perda teve conseqüências para o Direito Processual da modernidade, que restou refém da forma procedimentalista, própria dos métodos do racionalismo. Na verdade, isso representou a incorporação dos métodos das ciências da natureza, estabelecendo a afirmação de uma ciência incapaz de atender às demandas que se apresentam.

A herança juracionalista é potencializada no Direito Processual Civil, classificado como *direito abstrato*, que permanece distante do “mundo dos fatos”, numa eficaz assepsia, que impede a contaminação do Processo pelos agentes que “assombram” a realidade.

Tal é percebido com precisão por Ovídio Baptista da Silva que aponta o comprometimento ideológico do sistema produzido pela abstração que se confere ao Direito Processual:

Não será demasia insistir: o “mundo dos conceitos” com que laboram os estudantes de Direito Processual Civil, separa-se do “mundo dos fatos”. A separação entre o direito dos sábios que habitam a universidade e a “falsa ciência dos rúbulas”, de que já tivemos notícia, tem gloriosos ascendentes. O direito abstrato servindo ao ideário da eficiência capitalista.¹⁵⁵

A abstração do Direito Processual contribui para realimentar os propósitos de exatidão, herdados do juracionalismo, numa cadeia circular e crescente. É o que confirma a tendência, historicamente presente, de busca da certeza e da dicotomia – verdadeiro ou falso – que insiste em permear o Direito Processual.

¹⁵⁴ GADAMER, op. cit., 1983, p. 66.

¹⁵⁵ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2004b, p. 81.

Essa tendência é pesada demais para o processo. Aliás, representa um propósito quase inatingível que termina por impedir o atendimento das pretensões postas em juízo, na medida em que o direito processual perde-se numa busca infrutífera, quando tenta tornar exato o que não é, e quando busca a dedução lógica para o que apenas pode ser compreendido.

3 AÇÃO CONDENATÓRIA E EXECUÇÃO, DO DIREITO ROMANO AO PROCESSO CONTEMPORÂNEO

O Racionalismo teve decisiva influência na evolução da ciência processual do mundo ocidental, representando uma forma peculiar de abordagem, produção e entendimento do Direito. Foi a ponte estreita pela qual o pensamento jurídico, sistematizado a partir do Direito Romano, alcançou o mundo contemporâneo.

É possível, então, admitir que foi através desse pensamento racional que o Direito contemporâneo foi formado, a partir dos fundamentos do Direito Romano que representa a primeira sistematização do pensamento jurídico da humanidade. Marcado pela forma lógica, carregou consigo elementos que o tornam um sistema que, ainda hoje, desafia o jurista.

O Direito Romano nasce atrelado à concepção de que a realização da justiça não era missão do Estado, que apenas se ocupava de adotar meios e instrumentos que evitassem a luta individual. O Império Romano não buscava nada mais do que a pacificação dos indivíduos, não se interessando pela realização da justiça, ao menos em seus primeiros períodos.

Isso constituiu uma das características desse Direito, organizado e sistematizado, dando um caráter peculiar à atividade jurisdicional que permanecia ao encargo do juiz privado, já que os magistrados não buscavam tal objetivo.

A atividade dos magistrados, então, poderia estar mais afeta ao controle da justiça do que efetivamente à sua realização. O pretor, magistrado de maior relevância para o procedimento civil, praticava atos de império que tinham cunho mandamental ou executivo.

A atividade do juiz privado, a *iurisdictio*, tinha um caráter declarativo, estando aí compreendida também a condenação. Essa atividade desenvolveu-se basicamente em três períodos. No primeiro, registrava alguns procedimentos executivos que foram perdendo sua expressão, de forma que no período seguinte, estava totalmente afastada dessa atividade a função executiva. Pugliese observa que “*ius dicere* si riferiva in origine a tutta l’attività processuale, e riguardava, in modo indifferenziato (quando il processo si divide in due fasi), l’attività del magistrato e quella del *iudex*”¹⁵⁶. Foi posteriormente, quando derivando de *iudex* o verbo *iudicare*, que se distinguiram conceitualmente as atividades, destinando-se à atividade do magistrado a denominação *iurisdictio*.

O juiz privado apenas condenava, que no Direito Romano significa reprovar o ato praticado pelo demandado. Mas nada realizava, porque esta função era da competência do pretor. O pretor, assim, tinha o poder de império, especialmente através do procedimento interdital e, ainda, revestia um poder de suprir as lacunas da lei, o que fazia mediante os editos.

Nesse ponto é importante observar que o conceito de jurisdição que chegou ao sistema processual contemporâneo partiu da nítida distinção entre a atividade declarativa e aquela executiva, como ensina Ovídio Baptista da Silva:

O conceito de jurisdição que nos foi legado pelo direito romano tardio pressupunha a distinção clara e radical entre a função declaratória do direito, enquanto *ius dicere*, e o *facere* com que o magistrado haveria de socorrer o litigante, impondo uma *ordem*, a ser cumprida pelo demandado, quer dizer, se o direito não fosse “da se sufficiente” para realizar-se através de uma atividade própria e exclusiva do titular. Se, todavia, o direito se mostrasse “plenum et sufficiens”, então bastava declará-lo exercendo, neste caso, o magistrado atividade jurisdicional, enquanto *ius dicere*, confiando em que o demandado, ante a exortação (*rectius*, condenação), cumprisse a sentença.¹⁵⁷

E foi somente a partir do período da *extraordinario cognitio*, que vigorou nos últimos tempos do Direito Romano, que se admitiu a unificação das duas funções, de declaração e de execução. Todavia, o *Corpus Iuris* de Justiniano, que representou o Direito recepcionado na

¹⁵⁶ PUGLIESE, Giovanni. **Il Processo Civile Romano**. Milano: Giuffrè, 1963. p. 114. “*ius dicere* referia-se originalmente a toda a atividade processual e compreendia, de modo indifferenziato (quando o processo divide-se em duas fases) a atividade do magistrado a aquela do *iudex*” (tradução livre do autor).

¹⁵⁷ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 1997, p. 31.

Idade Média, tinha suas bases no período das fórmulas, o que justificou o recebimento do procedimento civil a partir da compreensão apenas declarativa da jurisdição.

A clássica divisão do processo romano, em *iurisdictio* e *imperium* representa um aspecto de grande interesse, na medida em que foi transmitida ao sistema processual contemporâneo através do pensamento racionalista, produzindo a concepção de que a jurisdição contenha efetivamente o propósito de *dizer* o Direito.

Os interditos pretorianos representavam comandos hipotéticos, fundados na provisoriedade e coexistiam com a condenação. A tradição trouxe ao processo contemporâneo o esquema procedimental romano, com a supressão dessa atividade, que era essencial no sistema e garantia a efetividade do processo. Ao conceder o interdito, o pretor já delimitava a decisão, mas também poderia impor penas para a hipótese de descumprimento da condenação.

A aceitação da condenação pelo sistema processual contemporâneo, sem o pleno desenvolvimento do procedimento interdital, produziu um resultado perverso, comprometendo a efetividade do processo em relação às pretensões fundadas no Direito Obrigacional. De igual modo, no sistema processual contemporâneo não há mecanismo eficaz de garantia do cumprimento da condenação que poderia, inclusive, ser redobrada no Direito Romano, a partir do não pagamento pelo condenado.

3.1 A EVOLUÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL E A AFIRMAÇÃO DA CONDENAÇÃO NO DIREITO ROMANO

No princípio a justiça se fazia com as próprias mãos. Era o tempo da barbárie, da vingança e dos primitivos modos de ação não regulamentados na esfera privada. Esse tempo sustentou-se como o primeiro agir do homem diante da ofensa ao seu direito. Nascia da emoção humana e, então, estava longe da razão. Era um tempo em que não se faziam necessárias as regras: bastava o sentir para desencadear o processo de defesa. A dor era a medida de concretização da justiça.

Esse era um período individual em que a associação humana apenas dava os seus primeiros passos. Passos lentos e difíceis, porque a agregação dos indivíduos não se constituiu

num processo simples. A comunhão de regras e a sua obediência, a subserviência da emoção à razão e a aceitação daquilo que é público em detrimento do particular representaram uma conquista para o homem primitivo, apenas tornada possível a partir das crenças dos indivíduos, obra do espírito humano com força transformadora e capaz de impor obediência.

A partir da crença, a humanidade caminhou lentamente para a associação entre os indivíduos.¹⁵⁸ A racionalidade permitiu a organização das famílias, das fratrias, das tribos e das cidades. Finalmente, surge o Estado e, assim, transfere-se a ele a responsabilidade pela realização da defesa dos direitos, inclusive com o propósito de garantia da paz e convivência social.

Porém, o propósito da assunção dessa função, pelo Estado, não era efetivamente a realização da justiça, mas a obtenção e garantia da ordem pública, como afirma Scialoja, que reconhece a necessidade da autoridade judicial e da realização das pretensões daqueles que entendem lesionados seus direitos:

En una sociedad que haya llegado a un grado avanzado de civilización, quien estima lesionado su derecho no puede defenderlo con sus propias fuerzas, no puede hacerse justicia por sí mismo; sino que debe acudir a la autoridad judicial, a la fuerza pública y a sus órganos, para obtener el mantenimiento del estado actual de las cosas o la reparación del perjuicio irrogado. La razón de esta regla general está en la necesidad del orden público, que, ciertamente, se perturbaría si se admitiera que cada cual pudiese hacer valer por sí mismo sus propios derechos.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Coulanges atribui à crença a força motora da organização social, quando afirma: “Ora, uma antiga crença ordenava ao homem que honrasse o antepassado; o culto do antepassado agrupou a família em volta do altar. Daí, a primeira religião, as primeiras orações, a primeira idéia do dever e a primeira moral; daí, também, a instituição da propriedade, a fixação de ordem de sucessão e, enfim, todo o direito privado e todas as regras da organização doméstica. Depois aumentou a crença e, ao mesmo tempo, alargou-se a associação. Os homens, à medida que sentem que há para eles divindades comuns, vão-se aliando em grupos cada vez mais extensos. As mesmas regras, inventadas e estabelecidas pela família, aplicam-se sucessivamente à frátria, à tribo e à cidade” (COULANGES, Foussel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 137).

¹⁵⁹ SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**: Ejercicio y Defensa de los Derechos. Traducción de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1954. p. 74. “Numa sociedade que chegou a um grau avançado de civilização, quem entende lesionado seu direito não pode defendê-lo com suas próprias forças, não pode fazer justiça por si mesmo, senão que deve acorrer à autoridade judicial, à força pública e a seus órgãos, para alcançar a manutenção do estado atual das coisas ou a reparação do prejuízo causado. A razão dessa regra geral está na necessidade da ordem pública que, certamente, estaria perturbada se fosse admitido que cada um pudesse fazer valer por si mesmo seus próprios direitos” (tradução livre do autor).

Admitir-se que cada um pudesse realizar pessoalmente a defesa dos seus direitos, permitiria a instalação de uma guerra de todos contra todos que, ainda de acordo com Scialoja, representaria a pior condição social.

Assim é que o Estado assumiu esse encargo com o propósito de evitar a luta e a guerra, resolvendo o conflito de uma forma racional. Não quer dizer que nessa atividade houvesse, no início, nenhuma pretensão de realização de justiça e nenhum ideal ético. A atividade desempenhada pelo Estado tinha o precípua objetivo de evitar a guerra de todos contra todos, garantindo a manutenção da ordem social, donde resulta-lhe um caráter privado e voluntário. Da mesma forma ocorreu nos primórdios do Direito Romano, constituindo-se o processo unicamente na forma apresentada ao cidadão para solução do conflito¹⁶⁰, sendo totalmente dependente da sua iniciativa.

Acompanhando esse mesmo entendimento, Pietro Bonfante dá a mesma natureza à atividade do Estado que se afirma superior em relação às controvérsias dos indivíduos, porém, “no ciertamente en el interés de la justicia, si no más bien en el interés de la paz”¹⁶¹.

Isso marcou o Direito Romano, conferindo-lhe caráter essencialmente privado, no qual o cidadão nada pedia ao Estado. Além disso, o Estado apenas intervinha para evitar a vingança privada, o que justificou a divisão do processo romano em duas fases: a primeira, perante o magistrado (*in iure*), que apenas resolvia o conflito se não houvesse resistência do demandado ou se as partes se compusessem. Caso o réu resistisse, mantendo-se a discussão, então as partes elegiam um juiz que proferia a sentença. A propósito, Francisci reconhece que “este juez no era otra cosa que una persona privada ante quien las partes debían comparecer para exponer los hechos, las pretensiones y las pruebas”¹⁶².

¹⁶⁰ Francisci reconhece esse caráter do processo romano, quando escreve: “De aquí dos características del proceso romano más antiguo: de un lado, la parte limitada que en él representa la autoridad pública, que se limita a regular el conflicto, a impedir la lucha brutal, a imponer a las partes la elección de un juez y someterse a su decisión; de otra parte, que perdure el carácter privado y voluntario de todo el proceso, y la necesidad de una continuada iniciativa individual desde que se inicia el proceso hasta la ejecución de la sentencia” (FRANCISCI, Pietro de. **Síntesis Histórica del Derecho Romano**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954. p. 183).

¹⁶¹ BONFANTE, Pietro. **Instituciones de Derecho Romano**. Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andres Larrosa. Madrid: Reus, 1925. p. 120. “certamente não no interesse da justiça, senão mais no interesse da paz” (tradução livre do autor).

¹⁶² FRANCISCI, op. cit., p. 184. “este juiz não era outra coisa que uma pessoa privada diante da qual as partes deveriam comparecer para expor os fatos, as pretensões e as provas” (tradução livre do autor).

A divisão do processo em duas fases, pois, estava vinculada à idéia de que o Estado não tinha a missão de realização da justiça: era do juiz privado a tarefa de proferir a sentença. Era dele, em suma, a função jurisdicional, como compreendida no Direito Romano.

Nesse ponto vale recuperar o entendimento de Jhering que percebe a função do juiz privado que não atuava em nome do Estado. Jhering observa, ainda, que a parte poderia obter, de outra forma, o atendimento de sua pretensão. É por isso que o romanista afirma “o juiz do direito antigo não impõe nada ao demandado, não lhe dá nenhuma ordem em nome do Estado; não faz mais do que dar às partes o auxílio de seus conhecimentos jurídicos”¹⁶³.

Ao juiz privado incumbia a atribuição de realização da justiça. Esse juiz não tinha poder de império e sua atividade era essencialmente declarativa que, ainda assim, ocorria em duas fases distintas. Essa divisão do processo em duas fases distintas, todavia, não perdurou em todo o processo civil romano. Representou a característica marcante dos dois primeiros períodos que marcam a evolução do processo civil romano. Porém, é exatamente nesses períodos que se encontram significativos elementos para a compreensão do sistema processual contemporâneo, o que justifica sua consideração.

São três as fases do processo civil no direito romano: a primeira, *legis actiones*, marcada pela vinculação à previsão da lei; a segunda fase, do período *per formulas*, em que as ações realizavam-se a partir das fórmulas e, enfim, o período denominado *extraordinaria cognitio*, caracterizado especialmente pelo fim da distinção entre procedimento *in iure* e *in iudicio*, no qual o magistrado conduzia o processo do início até a sentença, afirmando, a partir daí, que a administração da justiça constitui-se numa atividade do Estado.

3.1.1 O Período das *Legis Actiones*: a Vinculação à Lei

No período das *legis actiones*, ou das ações da lei, a cada disposição da lei conferia-se uma ação, como reconhece Jhering: “O número das *legis actiones* correspondia ao das leis e, melhor ainda, ao dos diversos artigos das que criavam direitos diferentes”¹⁶⁴. Decorrente disso é o fato de que não havia muitas ações, sendo limitado o seu número.

¹⁶³ JHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. Vol. I. p. 131.

¹⁶⁴ Idem, p. 226.

Scialoja observa que a denominação *legis actiones* poderia admitir uma dupla explicação: “o proque provenían de la ley o proque estaban modeladas sobre la ley misma y eran formulas solemnes que recordaban las leyes que se invocaban en juicio”¹⁶⁵. De acordo com esse entendimento, o período da *legis actiones* representou, efetivamente, um estágio inicial ao das fórmulas, que se seguiu no Direito Romano.

Para Jhering, o condicionamento imposto no período das *legis actiones*, de que toda a ação somente era possível se baseada numa lei, acabou determinando que o princípio da *legis actio* era “um princípio natural, isto é, que toda a pretensão material, para poder ser demandada em juízo, devia ser reconhecida pela lei, e que uma ação não era possível se não se baseasse numa lei. A legislação foi assim declarada, em princípio, fonte exclusiva de todas as ações”¹⁶⁶.

A circunstância de que decorriam das disposições da lei não determinava um grande número de ações. Ao contrário, eram escassas as ações desse período, limitando-se a cinco espécies: *legis actiones per sacramentum, per iudicis postulationem, per conditionem, per manus iniectioem e per pignoris capionem*. Essas *legis actiones* representavam, pois, modos de proceder que se adaptavam aos diversos direitos ou, como explica Scialoja, “las antiguas leys, para cada derecho reconocido por ellas, designaban, entre las cinco indicadas, la *legis actio* con que había que proceder a los eventuales juicios”¹⁶⁷.

A primeira dessas ações – *legis actio sacramento* – era a ação geral, assim reconhecida por Scialoja “Si no había especial designación en la ley, se debía proceder en *sacramento*”¹⁶⁸. O *sacramentum* era uma importância prometida entre as partes: o autor prometia pagamento ao demandado, se o pedido fosse indevido; o réu, por sua vez, prometia pagamento para a hipótese de que houvesse negado algo que fosse devido.

Então, na *legis actio sacramentum*, além da possibilidade de perda da causa, qualquer das partes poderia perder o *sacramentum*, pena que revertia em favor do erário público. Essa

¹⁶⁵ SCIALOJA, op. cit., p. 132. “Ou porque provinham da lei ou porque estavam modeladas sobre a própria lei e eram fórmulas solenes que recordavam as leis que se invocavam em juízo” (tradução livre do autor).

¹⁶⁶ JHERING, op. cit., p. 233.

¹⁶⁷ SCIALOJA, op. cit., p. 132. “As antigas leis, para cada direito por elas reconhecido, designavam, entre as cinco indicadas, a *legis actio* com que deveriam proceder aos eventuais juízos” (tradução livre do autor).

¹⁶⁸ Id-Ibidem. “Se não havia especial designação na lei, devia-se proceder em *sacramento*” (tradução livre do autor).

pena deveria ser depositada ou, ao menos, prometida pelas partes. Afirmando o seu direito diante do pretor, este designava um juiz com a tarefa de julgar quem dos dois havia dito a verdade e quem havia mentido.

Havia uma diferença entre a *actio in personam* e a *actio in rem*, sendo que na segunda hipótese, em que se fazia a *vindicatio*, era admissível que cada parte formulasse sua própria *vindicatio*. O caráter generalista da *legis actio sacramentum* possibilitava sua utilização nas demandas fundadas no Direito Obrigacional, naquelas fundadas em Direito Real ou de Domínio. Porém, a ação consagra um dos caracteres mais salientes dos antigos procedimentos, que é o de “no ir nunca directamente al objeto, sino seguir siempre la línea oblicua”¹⁶⁹.

A *actio per iudicis postulationem* era admitida nos casos em que a lei a prescrevia para solução de determinadas controvérsias. Diversamente da *actio sacramentum*, não havia nenhuma importância passível de perda, no caso de restar a parte vencida em sua pretensão. Assim o risco era menor, percebendo-se então que a *actio postulationem* era utilizada para satisfação de pretensões que ensejassem resultados menos severos. Como refere Scialoja, através da *actio sacramentum in personam*, “se hacían valer únicamente los créditos surgidos del delito, y esto explicaría que el proceso pudiera adoptar actitudes más severas”¹⁷⁰.

A *actio postulationem* poderia ser utilizada tanto nos casos em que não se poderia utilizar a *actio sacramentum*, por ausência de controvérsia, como no caso dos juízos divisórios e, também, quando não se desejava utilizar a *actio sacramentum*, tendo o risco da pena estipulada, além da derrota.

A terceira espécie das *legis actiones*, a *legis actio per conditionem* tinha como elemento característico a fixação de um prazo de trinta dias, que o autor assinava ao demandado para apresentar-se perante o juiz. Equivalia a uma citação, que lhe dá também a denominação.

¹⁶⁹ SCIALOJA, op. cit., p. 141. “Não ir nunca diretamente ao objeto, mas seguir sempre a linha oblíqua” (tradução livre do autor).

¹⁷⁰ Idem, p. 144. “Faziam-se valer unicamente os créditos decorrentes do delito e isso explicaria que o processo poderia adotar atitudes mais severas” (tradução livre do autor).

É de Francisci a explanação acerca do procedimento adotado: “En esta *legis actio* el actor, después de llamar *in ius* al adversario, exponía su pretensión, y si había oposición invitaba a la otra parte (*condico*, y de ahí convenio) a presentar de nuevo ante el magistrado dentro del plazo de treinta días para que se le comunicara la designación del juez”¹⁷¹.

A aplicação da *condictio* não estava limitada ao Direito Obrigacional, podendo ser utilizada também para ações reais. Todavia, o uso mais comum era exatamente para obrigações que tivessem como objeto alguma soma de dinheiro.

A *actio per manus iniectioem*¹⁷² representava um procedimento executivo e, portanto, deveria realizar-se perante o pretor, tendo por objetivo a execução da coisa julgada. Diz Pontes de Miranda que “no antigo direito romano, a execução era pessoal (*manus iniectio*), imposição judicial da mão, para fazer escravo”¹⁷³. Porém, existia uma forma de *actio per manus iniectioem pro iudicato*, destinada a quem havia pago como garantidor de um devedor principal. No caso da *actio per manus iniectioem* pura, se o demandado contestasse a pretensão, era então designado um juiz, deixando então de tratar-se de um

¹⁷¹ FRANCISCI, op. cit., p. 190. “Nesta *legis actio* o autor, depois de chamar *in ius* ao adversário, expunha sua pretensão, e se havia oposição convidava a outra parte (*condico*, e de aí convênio) a apresentar novamente diante do magistrado dentro do prazo de trinta dias para o que lhe comunicasse a designação do juiz” (tradução livre do autor).

¹⁷² Scialoja refere que “Esta forma de procedimiento, tan sucintamente descrita por Gayo (y no tenemos otra fuente al respecto), ha dejado algunas dudas; ha creído alguien que la *legis actio per manus iniectioem* podía también hacerse aunque no fuera ante el pretor; pero hay que evitar esto, tal vez erróneo. No se debe olvidar, en efecto, que hay dos *manus iniectioes*, una que puede tener lugar a continuación de la *in ius vocatio* introductora del juicio y la otra que constituye precisamente esta forma de procedimiento ejecutivo de que ahora estamos hablando. La primera es una *manus iniectio* extrajudicial, que nada tiene de común con la segunda. En el procedimiento de las *legis actiones*, el actor citaba personalmente a juicio (*in ius vocatio*) al demandado, y éste estaba obligado a acompañarlo a presencia del magistrado; en caso contrario, el actor, según las XII Tablas, podía llevarlo a la fuerza; y, si se rebelaba, era condenado por esta rebelión. Tenía lugar así una *manus iniectio* introductora em juicio, muy diferente de la que constituye una especial *legis actio*, que puede llevar consigo la pérdida de la libertad y que, según el testimonio de Gayo, debía hacerse ante el pretor; al menos no tenemos fundamento suficiente para creer otra cosa” (SCIALOJA, op. cit., p. 150). “Esta forma de procedimiento, tão sucintamente descrita por Gayo (e não temos outra fonte a respeito) deixou algumas dúvidas; alguém acredita que a *legis actio per manus iniectioem* podia também fazer-se ainda que não fosse diante do pretor; mas há que se evitar isto, talvez equivocado. Não se deve esquecer, de fato, que há duas *manus iniectioes*, uma que pode ocorrer em continuação à *in ius vocatio* introdutora do juízo e outra que constitui precisamente esta forma de procedimento executivo de que agora estamos falando. A primeira era uma *manus iniectio* extrajudicial, que nada tem em comum com a segunda. No procedimento das *legis actiones*, o autor citava pessoalmente em juízo (*in ius vocatio*) ao demandado e este estava obrigado a acompanhá-lo à presença do magistrado; em caso contrário, o autor, segundo as XII Tábuas, poderia levá-lo à força; e, se resistia, poderia ser condenado por essa resistência. Tinha lugar assim uma *manus iniectio* introdutora em juízo, muito diferente do que constitui uma especial *legis actio*, que pode levar consigo a perda da liberdade e que, segundo o testemunho de Gayo, deveria realizar-se diante do pretor; ao menos não temos fundamentos suficientes para crer em outra coisa” (tradução livre do autor).

¹⁷³ PONTES DE MIRANDA, op. cit., 1970, p. 8.

procedimento executivo, para resumir-se num procedimento introdutório judicial, como as demais *legis actiones*.

Enfim, a *actio per pignoris capio* que também se constituía num procedimento executivo e alcançava controvérsias envolvendo vendas e locações de animais destinados a sacrifícios ou funções sagradas.

Francisci sustenta que a *actio per manus iniectio* e a *actio per pignoris capionem* “se presentan en el período histórico como procedimientos ejecutivos; pero originariamente el campo de acción de la *manus iniectio* debió ser mucho más amplio, y en ella, de igual modo que en la *pignoris capio*, se conservan numerosos rasgos de la primitiva lucha privada”¹⁷⁴.

No mesmo sentido, Pietro Bonfante reconhece essa natureza da *actio per manus iniectio* e da *actio per pignoris capionem*, atribuindo-a ao período da defesa privada, no qual nem se exigia a comparência perante os tribunais e, enfim, reconhece que no período civil essas ações “permanecieron solamente como procedimientos ejecutivos”¹⁷⁵. Então, é preciso reconhecer que no período das *legis actiones* a função do juiz privado também era executiva, representando-se por essas duas ações.

Nessa mesma linha é o entendimento de Silvio Perozzi que caracteriza essas ações como executivas a partir do fundamento de que “constituiscono la soddisfazione di un diritto e non mirano ad un accertamento di esso”¹⁷⁶. Tal não significa, todavia, que nessas *legis actiones* não existisse conteúdo declaratório, porém, como afirma o mesmo autor¹⁷⁷, ao invés de apenas constituir-se a declaração, inseriu-se nesses procedimentos a execução.

¹⁷⁴ FRANCISCI, op. cit., p. 185. “apresentam-se no período histórico como procedimentos executivos, porém originalmente o campo de ação da *manus iniectio* devia ser muito mais amplo e nela, como na *pignoris capio*, conservavam-se numerosos traços da primitiva luta privada” (tradução livre do autor).

¹⁷⁵ BONFANTE, op. cit., p. 122. “permaneceram apenas como procedimentos executivos” (tradução livre do autor).

¹⁷⁶ PEROZZI, Silvio. **Istituzioni di Diritto Romano**. Firenze: G. Barbèra, 1908. Vol. II. p. 37. “constituíam a satisfação de um direito e não visavam a uma declaração desse direito” (tradução livre do autor).

¹⁷⁷ Assim, Perozzi afirma que “Poteva, è vero, aversi anche in queste un giudizio; ciò avveniva allorchè veniva contestato il fondamento giuridico di procedere alla violenza. Ma per decidere della contestazione, invece de costituire un giudizio a sè, si innestò questo sulla stessa procedura esecutiva” (Idem, p. 38). “Poderia, é verdade, ter-se também nestas um juízo; isso vinha quando fosse contestado o fundamento jurídico de proceder-se à violência. Mas para decidir-se a contestação, ao invés de constituir um juízo em si, inseriu-se isso no próprio procedimento executivo” (tradução livre do autor).

O período das ações da lei foi marcado pelo rigor extremado, já que era condição indispensável a estrita observância de cada um dos termos contidos nas cinco diferentes espécies de ações. Reconhecendo esse aspecto, depois de reconhecer que três das *legis actiones* eram destinadas à cognição e as duas remanescentes eram executivas, Pugliese traz tal peculiaridade a partir da denominada dúplice tipicidade ou, como refere o romanista,

[...] una per così dire esterna, nel senso che, solo scegliendo uno di quei procedimenti, era possibile all'attore conseguire un risultato utile, l'altra invece interna, nel senso che l'attore doveva per lo più riferirsi, redigendo opportunamente le parti variabili del formulario, a un diritto o a una situazione sostanziali riconosciuti da una legge o dai *mores*.¹⁷⁸

Então, a rigidez no fundamento material de cada uma das ações era uma característica típica desse período que acabou sendo substituído pelas fórmulas, que permitiam maior liberdade ao autor, embora ainda presente o formalismo, decorrente mesmo da fórmula.

3.1.2 As Fórmulas e a Ampliação das Funções Jurisdicionais

O período das *legis actiones* foi substituído pelo *processo formulário*. Isso decorreu, no dizer de Jhering, ao rigorismo exacerbado daquele primeiro período, no qual o menor erro conduzia à perda do litígio que, de acordo com o romanista, “acabou por fazer odiosa essa forma de processo e produziu a introdução de outra nova: a do processo formulário”¹⁷⁹.

A compreensão dos institutos do período formulário tem particular importância para a ciência processual, já que é desse período que se originam muitos dos meios processuais contemporâneos e, especialmente, porque oferece ricos elementos de correlação entre o Direito Processual e o Direito Material. Essa aproximação entre o Direito e a vida em que se realiza é percebida por Francisci, que refere que o período formulário “nos permite aproximarnos a la vida y a la práctica de los juicios en que el derecho se ampara y realiza”¹⁸⁰.

¹⁷⁸ PUGLIESE, Giovanni. Azione (Diritto Romano). In: **Novissimo Digesto Italiano**. 3. ed. Torino: Torinese, 1957. Vol. II. p. 25. “uma por assim dizer externa, no sentido de que, apenas escolhendo um daqueles procedimentos, era possível ao autor conseguir um resultado útil, a outra ao invés interna, no sentido de que o autor deveria a ele referir-se, redigindo oportunamente as partes variáveis do formulário, a um direito ou a uma situação substancial reconhecidos por uma lei ou da *mores*” (tradução livre do autor).

¹⁷⁹ JHERING, op. cit., p. 223.

¹⁸⁰ FRANCISCI, op. cit., p. 553. “nos permite aproximarnos a la vida e a a prática dos juízos em que o direito se ampara e realiza” (tradução livre do autor).

Certamente, parte dessa constatação deve-se à atuação pretoriana, uma característica marcante do período.

É no período formulário, também, que a *actio* perde toda a eficácia executiva ou, em outros termos, é nesse período que a função executiva transfere-se integralmente para o pretor que passa a realizá-la com maior intensidade a partir dos interditos e da constrição patrimonial, mediante a execução das sentenças condenatórias.

O processo formulário surgiu gradativamente, inaugurando uma nova era para o processo e, também, para o próprio Direito Romano. É considerado o período do ápice do Direito Romano. A partir desse momento, o pretor ganha liberdade de ação, livrando-se das pesadas amarras da vinculação à lei, típicas do período das *legis actiones*¹⁸¹. Cresceu, então, o poder de império, já que se admitiu a maior participação do pretor, através do procedimento interdital. A transição do período das *legis actiones* para o período *formulário* foi possível, também, pelo aproveitamento de uma das características do primeiro período, que era a delimitação da extensão e dos limites da lide, que ocorria no curso da ação. Scialoja refere que

[...] para comprender bien el paso del antiguo sistema procesal al nuevo, es necesario recordar cómo se cerraba el procedimiento *in iure* en el sistema de las *legis actiones*. Había un momento en la *legis actio* en el que la litis quedaba determinada y cierta entre las partes y venía a establecerse de una manera jurídica eficaz e irrevocablemente en qué esfera y bajo qué condiciones y modalidades habría de desarrollarse el juicio.¹⁸²

¹⁸¹ Interessante observar a afirmação de Jhering acerca dessa transição: “Todos os juriconsultos admitem que com o processo formulário começa uma nova era, não somente para o processo propriamente dito, mas para o próprio fundo do Direito romano. Vêm eles surgir, desde logo, o édito do Pretor, fonte fecunda, cujas caudais deviam infundir vida nova em todo o direito, e não por efeito da causalidade, mas porque o sistema das ações da lei e o édito não podiam viver um ao lado do outro. No processo antigo, o Pretor tinha, por assim dizer, as mãos atadas, e era como a roda de uma máquina; dependia do processo e se deixava governar por ele. Em primeiro lugar, o processo formulário dava-lhe essa liberdade de movimento, que era a condição essencial de sua ação organizadora sobre o direito. A jurisprudência e o direito consuetudinário, constantemente paralisados até então pelas regras do antigo processo, começaram uma vida nova” (JHERING, op. cit., p. 233).

¹⁸² SCIALOJA, op. cit., p. 157. “Para compreender bem a passagem do antigo sistema processual ao novo, é necessário recordar como se encerrava o procedimento *in iure* no sistema das *legis actiones*. Havia um momento na *legis actio* no qual a lide restava determinada e certa entre as partes e vinha a estabelecer-se de uma maneira jurídica eficaz e irrevogavelmente, em qual esfera e abaixo de quais condições e modalidades haveria de desenvolver-se em juízo” (tradução livre do autor).

Esse momento era o da *litis contestatio*, em que o juiz assinalava os limites em que deveria formar-se a decisão, encerrando então o procedimento *in iure*. A partir desse marco, com o encerramento do procedimento *in iure* estabeleciam-se os limites da controvérsia diante da autoridade judiciária¹⁸³. Há, ainda, a idéia de que a *litis contestatio* poderia representar um acordo entre as partes, em relação a determinados pontos como, por exemplo, a escolha do julgador. Biscardi, no entanto, repele tal entendimento, dizendo que embora “la scelta di costui fu lasciata in ogni processo alle parti, la *litis contestatio* potesse in teoria assumere il valore di un accordo fra i contendenti, relativo se non altro alla scelta di chi avrebbe dovuto giudicare”¹⁸⁴, o romanista conclui que “lo specifico accordo delle parti sul nome del giudice doveva essere del tutto indipendente dalla *litis contestatio*”¹⁸⁵.

De qualquer modo, ainda que se recuse o atributo de acordo entre as partes, ocorria, a partir da *litis contestatio*, verdadeira delimitação da ação que haveria de processar-se na fase seguinte. Nesse momento da *litis contestatio* também se verificava a estabilização da ação, a partir de seus pressupostos objetivos e subjetivos. É o “momento central del litigio”, no dizer de Alvaro D’Ors¹⁸⁶, a partir do qual não se admitia a modificação do pedido, nem mesmo a substituição das partes.

¹⁸³ A partir dessa natureza da *litis contestatio*, Dernburg aponta que “Nel diritto romano più recente si era affievolito il concetto, che il giudizio riposasse su di un contratto delle parti. Oltracciò apparve inopportuno, che il convenuto, indugiando ad impegnarsi nella lite potesse allontanare ad arbitrio le svantaggiose conseguenze dell’inizio del giudizio. Perciò già l’epoca imperiale cristiana collegò singole conseguenze dell’inizio del giudizio all’atto unilaterale della comunicazione dell’azione al convenuto. Ma solo il diritto più recente ha portato ad esecuzione ciò per principio ed in modo generale, in guisa che la promozione dell’azione si considera senz’altro come inizio del giudizio” (DERNBURG, Arrigo. **Pandette**. Traduzione sulla 6ª edizione di Francesco Bernardino Cicala. Torino: Fratelli Bocca, 1903. p. 473). “No direito romano mais recente havia se tornado débil o conceito de que o juízo repousasse sobre um contrato das partes. Ademais parece inoportuno que o réu, hesitando a empenhar-se na lide pudesse distanciar do árbitro as vantajosas consequências do início do juízo. Porém já a época imperial cristã uniu as singulares consequências do início do juízo ao ato unilateral da comunicação da ação ao réu. Mas somente o direito mais recente trouxe isso à execução por princípio e de modo geral, de modo que a propositura da ação é considerada, sem mais, como o início do juízo” (tradução livre do autor).

¹⁸⁴ BISCARDI, Arnaldo. La Litis Contestatio nella Procedura per Legis Actiones. In: **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**. Napoli: Jovene, 1962. Tomo III. p. 471. “a escolha disso foi deixada em cada processo às partes, a *litis contestatio* poderia teoricamente assumir o valor de um acordo entre os litigantes, relativo se não a outra coisa à escolha de quem deveria litigar” (tradução livre do autor).

¹⁸⁵ Id-Ibidem. “o específico acordo das partes sobre o nome do juiz deveria ser de todo independente da *litis contestatio*” (tradução livre do autor).

¹⁸⁶ O autor continua o exame da *litis contestatio*, afirmando que “a partir de ella, el demandante no puede ya variar su petición, ni el demandado introducir nuevas excepciones o rehusar su aceptación del juicio ya aceptado (*iudicium acceptum*). Si actúan representantes, son éstos los que quedan directamente vinculados por la *litis contestatio*” (D’ORS, Alvaro. **Elementos de Derecho Privado Romano**. 2. ed. Pamplona: Universidad de Navarra, 1975. p. 68). “a partir dela, o autor não pode modificar seu pedido, nem o demandado introduzir novas exceções ou recusar sua aceitação do juízo já aceito (*iudicium acceptum*). Se atuam representantes, são estes os que ficam diretamente vinculados pela *litis contestatio*” (tradução livre do autor).

Idéia similar é sustentada por Ferrini que, depois de reconhecer que a *litis contestatio* encerrava o processo *in iure*, também traz um componente importante para a compreensão do instituto, que é a sustentação de uma obrigação processual, com o propósito de pagamento de uma soma pecuniária. O mesmo autor refere o estabelecimento dos lindes por onde se desenvolveria a próxima fase processual: “Nel diritto classico la contestazione di lite operava consunzione processuale e la così detta *novatio* necessaria, per cui all’antico diritto se sostituiva una obbligazione processuale tendente al pagamento di una somma pecuniaria”¹⁸⁷.

Exatamente nesse aspecto reside um dos prováveis justificadores da transposição para o período formulário, já que ao apontar os limites da decisão, o juiz também produzia uma espécie de roteiro de tramitação da fase que estava por iniciar-se: era o embrião das fórmulas.

A fórmula representava uma instrução escrita emanada do pretor e que se destinava a regular o processo que se iniciaria. Nos dizeres de Biondi, a fórmula era “una istruzione scritta, che il magistrato rilascia per il *iudex* affinché decida la lite”¹⁸⁸, composta de quatro partes: *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio* e *condemnatio*. Por sua vez, ao discorrer sobre a fórmula, Dernburg traz os componentes de cada uma dessas quatro partes, quando escreve:

La *formula* si componeva di quattro parti costitutive, cioè in primo luogo spesso una *demonstratio*, o l’indicazione della causa giudiziaria, inoltre sempre una *intentio*, designazione del fondamento giuridico dell’azione, poi per lo più una *condemnatio*, ingiunzione di condannare o di assolvere, ed oltracciò in alcuni casi un’*adiudicatio*, o l’autorizzazione di aggiudicare proprietà od altri diritti reali.¹⁸⁹

O período formulário é marcado pelo uso das fórmulas escritas e pela ausência de ritos sacramentais. A partir do comparecimento do autor perante o pretor, que funciona inicialmente como um ordenador do juízo, e uma vez procedida na defesa do réu, o pretor

¹⁸⁷ FERRINI, Contardo. **Manuale di Pandette**. 3. ed. Milano: Società, 1908. p. 233. “No direito clássico a contestação da lide operava preclusão processual e a assim chamada *novatio* necessária, pelo que no direito antigo substituíam-se uma obrigação processual tendente ao pagamento de uma soma pecuniária” (tradução livre do autor).

¹⁸⁸ BIONDI, Biondo. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1972. p. 97. “uma instrução escrita, que o magistrado dava ao *iudex* a fim de que decidisse a lide” (tradução livre do autor).

¹⁸⁹ DERNBURG, op. cit., p. 386. “A fórmula compunha-se de quatro partes constitutivas, em primeiro lugar uma expressiva *demonstratio*, ou a indicação da causa judiciária, seguida sempre por uma *intentio*, a designação do fundamento jurídico da ação, mais uma *condemnatio*, injunção de condenar ou absolver e, enfim, em alguns casos uma *adiudicatio*, ou a autorização de adjudicar propriedade ou outros direitos reais” (tradução livre do autor).

compõe a fórmula escrita que se destina ao juiz privado contendo comando para condenar ou absolver, conforme restar apurado a partir da verificação dos fatos anunciados pelas partes.

É preciso observar, contudo, que poderiam existir situações em que não se buscava propriamente a condenação, mas a simples declaração. Assim, o Direito Romano já distinguia a ação condenatória da ação declaratória. Depois de discorrer sobre a *condemnatio*, como um dos elementos das *formulae*, Francisci¹⁹⁰ afirma que “También hay *formulae* sin *condemnatio*, como las referentes a acciones de mera comprobación, encaminadas corrientemente a fijar los presupuestos de un juicio futuro, y designadas, por tanto, con el nombre de *praeiudicia* [...]”.

No processo formulário, a defesa poderia realizar-se mediante a *denegatio* que livrava o demandado, sendo uma defesa direta. Além disso, o período formulário também conheceu as *exceptiones*, que eram as oposições indiretas à condenação, conceituadas por Galdolfi como “una difesa del convenuto che non sai la negazione della pretesa dell’attore, ma la manifestazione di una circostanza che la renda iniqua”¹⁹¹. As *exceptiones* representavam também uma defesa, mas sempre com o propósito de exclusão total da condenação. Como refere Perozzi, “L’eccezione non serve di sua natura perciò mai a diminuire la condanna, ma ad escluderla”¹⁹². As exceções, então, tinham cabimento quando, embora persistente o fato que enseja a condenação, o réu poderia invocar uma razão, a partir da qual poderia obter sua absolvição.

Enfim, esse período formulário foi marcado pela maior discricionariedade que se concedeu ao pretor e pelo conseqüente desenvolvimento e ampliação de sua atividade, paralelamente àquela dos juízes privados que exerciam atividade reconhecida como jurisdicional, porém sem qualquer função executiva.

¹⁹⁰ FRANCISCI, op. cit., p. 154. “Também há *formulae* sem *condemnatio*, como as referentes às ações de mera comprovação, encaminhadas freqüentemente a fixar os pressupostos de um juízo futuro e designadas, portanto, com o nome de *praeiudicia*” (tradução livre do autor).

¹⁹¹ GANDOLFI, Giuseppe. **Contributo allo Studio del Processo Interdittale Romano**. Milano: Giuffrè, 1955. p. 72. “Uma defesa do réu que não seja a negação da pretensão do autor, mas a manifestação de uma circunstância que a torne iníqua” (tradução livre do autor).

¹⁹² PEROZZI, op. cit., p. 48. “A exceção, por sua natureza, nunca se presta a diminuir a condenação, mas a excluí-la” (tradução livre do autor).

3.1.3 *Actio e Condemnatio*: Feição Privada da Jurisdição

Para a condenação, o processo formulário representou um momento importante, já que foi a partir dele que a sentença assumiu primordialmente natureza condenatória e, mesmo nas ações reais, passou a registrar expressão pecuniária. Como afirma Ferrini, “La sentenza definitiva contiene una condanna od una assoluzione; solo nelle questioni pregiudiziali la sentenza ha un contenuto oggettivo, che si limita al riconoscimento o all’esclusione di determinato fatto”¹⁹³. Desse excerto percebe-se que a sentença da *actio* poderia registrar comando condenatório ou, então, eficácia meramente declaratória.

E é interessante observar que ocorreu uma restrição da condenação, uma redução à expressão pecuniária, de sorte que a *condemnatio* romana sempre implicava uma condenação em dinheiro. Mesmo nas hipóteses em que o objeto em litígio não fosse a reclamação de valor, ainda assim a condenação realizava-se em dinheiro. Reconhece Francisci que “la *condemnatio* romana consistía siempre en una suma de dinero; aun en el caso de que el objeto de la litis fuera un fundo o un esclavo, la *condemnatio* tenía como contenido la *aestimatio pecuniaria*”¹⁹⁴. No mesmo sentido, Pietro Bonfante aponta que, no processo formulário, o objeto de cada controvérsia “se debía evaluar en una suma de dinero, y la condena era dictada en esta suma”¹⁹⁵.

Por sua vez, Dernburg reconhece também que o Direito Romano não reconhecia ao credor de obrigação de entrega de uma coisa a prestação da própria coisa, mas apenas o ressarcimento pela infração contratual, sustentando essa assertiva no conceito obrigacional que garante o direito de agir contra o devedor e registra, pois, caráter pessoal:

L’obbligazione accorda solo un diritto di agire contro il debitore ed i suoi eredi – un’*actio in personam*. Altre persone non possono esserne riguardate. Perciò lo stesso creditore, che ha il diritto di richiedere una determinata cosa, non ha azione contro colui che l’acquistò, sebbene questi, al momento dell’acquisto, avesse conosciuto l’esistenza di tale diritto. Quel creditore deve limitarsi ad esigere dal debitore, che

¹⁹³ FERRINI, op. cit., p. 238. “A sentença definitiva contém uma condenação ou uma absolvição; somente nas questões prejudiciais a sentença tem um conteúdo objetivo, que se limita ao reconhecimento ou à exclusão de determinado fato” (tradução livre do autor).

¹⁹⁴ FRANCISCI, op. cit., p. 558. “a *condemnatio* romana consistia sempre numa soma de dinheiro; mesmo no caso em que o objeto da lide fosse um bem ou um escravo, a *condemnatio* tinha como conteúdo a *aestimatio pecuniaria*” (tradução livre do autor).

¹⁹⁵ BONFANTE, op. cit., p. 125. “deveria expressar-se numa soma de dinheiro, e a condenação era proferida nessa soma” (tradução livre do autor).

non adempie al suo obbligo della prestazione della cosa, il risarcimento a causa dell'infrazione del contratto.¹⁹⁶

Ainda, Juan Iglesias também registra essa natureza da condenação, sempre vinculada a uma importância pecuniária, quando afirma que “si se reclamaba un fundo, un esclavo, una cantidad de oro o de plata, el juez no condenaba al demandado vencido a dar el objeto mismo, sino a pagar, previa estimación de lo que importa, su valor en dinero”¹⁹⁷.

A mesma linha é sustentada por Alvaro D’Ors que afirma: “Habiendo de ser pecuniaria la condena, el juez debe fijar esa cantidad mediante la estimación del asunto litigioso (*litis aestimatio*)”¹⁹⁸. Ainda, o autor reconhece a possibilidade de compensação de créditos recíprocos entre os litigantes, sempre em relação a obrigações pecuniárias.

Essas constatações permitem concluir, pois, que a *condemnatio* romana não atingia – ao menos em seu resultado – as obrigações de entregar coisa ou, por outras palavras, não produzia o efeito de entrega da coisa. A necessária pecuniariedade da condenação permitia que o devedor de uma obrigação de entregar coisa tivesse opção entre livrar-se da condenação, entregando a coisa ou, então, “dejarse condenar en vez de transferir la cosa”¹⁹⁹.

A característica que se conferiu à condenação, essa sua redução à expressão monetária, favoreceu o desenvolvimento de uma atividade paralela, que fosse capaz de realizar as pretensões, sempre que fosse necessário um comando diverso da pura condenação em pecúnia. De fato, o procedimento da *actio* estabeleceu uma situação processual curiosa, porque o autor da ação que, por exemplo, buscasse a entrega de coisa, apenas obtinha uma

¹⁹⁶ DERNBURG, op. cit., p. 9. “A obrigação concede apenas um direito de agir contra o devedor e os seus herdeiros – uma *actio in personam*. Outras pessoas não podem ser referidas. Porém o mesmo credor, que tem o direito de reclamar uma determinada coisa, não tem ação contra aquele que a adquiriu, mesmo que este, no momento da aquisição, conhecesse a existência de tal direito. O credor deve limitar-se a exigir do devedor, que não cumpre sua obrigação de prestação da coisa, o ressarcimento por causa da infração contratual” (tradução livre do autor).

¹⁹⁷ IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano** – Historia e Instituciones. 11. ed. Barcelona: Madrid, 1997. p. 183. “Se se reclamava um bem, um escravo, uma quantidade de ouro ou de prata, o juiz não condenava o demandado vencido a dar o próprio objeto, senão a pagar seu valor em dinheiro previamente estimado” (tradução livre do autor).

¹⁹⁸ D’ORS, op. cit., p. 72. “Ocorrendo de ser pecuniária a condenação, o juiz deve fixar essa quantidade mediante a estimativa do objeto litigioso (*litis aestimatio*)” tradução livre do autor.

¹⁹⁹ FRANCISCI, op. cit., p. 569. “deixar-se condenar ao invés de transferir a coisa” (tradução livre do autor).

condenação em pecúnia. Ou seja, o procedimento da *actio* não permitia a realização da eventual pretensão do autor, de alcance da própria coisa.

Essa circunstância acabou por favorecer e justificar a intervenção do pretor através dos interditos. É que, por vezes, ao titular de direito sobre a coisa poderia interessar efetivamente a restituição da coisa e não apenas ver o demandado condenado no valor pecuniário equivalente. Assim, diz Iglesias,

Consecuencia de ello fue que el pretor, atento en todo momento a los principios de equidad, antepusiese a las fórmulas de las acciones tendentes a una restitución, así como a las de las dirigidas a una exhibición, una cláusula por virtud de la cual el juez condenaría a pagar en dinero tan sólo cuando no prosperase la orden que él hiciera al demandado de *exhibere o restituere*.²⁰⁰

Essa possibilidade de intervenção do pretor, através dos interditos, constituiu-se num elemento importante no Direito Romano: a realização das pretensões fundadas no Direito Obrigacional não ocorria exclusivamente através da *condemnatio*, mas encontrava uma outra possibilidade que eram as ordens interditais.

Outros instrumentos também poderiam ser utilizados. Por exemplo, a *condemnatio* poderia ser agravada por conseqüências de caráter penal ou, ainda, ser afetada por estipulações e pactos anteriores, celebrados entre o autor e o demandado. Tais circunstâncias poderiam ocorrer em algumas ações e, ainda, observadas determinadas condições. Assim, em algumas ações da época arcaica (*manus iniectio*), aquele que resistia injustamente era penalizado com o dobro da condenação. Nesse sentido, Alvaro D’Ors reconhece a pena equivalente ao dobro da condenação “contra el que se ha resistido sin razón a la reclamación del demandante que resulte vencedor”²⁰¹.

A sentença do juiz privado não era passível de recurso, como reconhece Calamandrei “il diritto repubblicano non conobbe alcun mezzo di impugnativa contro la sentenza del

²⁰⁰ IGLESIAS, op. cit., p. 183. “A conseqüência disso foi que o pretor, atento em todo o momento aos princípios de equidade, antepusesse às fórmulas das ações tendentes a uma restituição, assim como às destinadas a uma exibição, uma cláusula por força da qual o juiz condenaria a pagar em dinheiro apenas quando não prosperasse a ordem que dera ao demandado de *exhibere o restituere*” (tradução livre do autor).

²⁰¹ D’ORS, op. cit., p. 72. “contra o que resistiu sem razão à reclamação do demandante que resulte vencedor” (tradução livre do autor).

*iudex*²⁰². Essa característica era típica do caráter do *ordo iudiciorum privatorum*, o que é reconhecido por Francisci que observa que pelo fim da República surgiram possibilidades de oposição, que se permitiam ao condenado, como a sustentação de vício substancial no juízo ou na condenação, ou ainda “discutir la existencia de un juicio eficaz”²⁰³. Porém, o uso de tais possibilidades poderia expor o condenado no pagamento do dobro da condenação, no caso de se revelarem inexistentes os vícios alegados.

No mesmo sentido, Pietro Bonfanti afirma que “en algunas acciones la condena se redobra – aumenta – si el demandado niega”²⁰⁴. Assim, a resistência do réu conduzia ao aumento da condenação: o demandado poderia resistir à condenação, porém essa oposição poderia representar-lhe um gravame. Era a *actio iudicati* que acontecia depois da *condemnatio*.

É preciso observar, ainda, a situação que poderia ocorrer na ação creditícia, onde as partes prometiam-se mutuamente o pagamento da terceira parte do valor reclamado, no caso de perda da ação, que se representava pela *sponsio* e *restipulatio*. Ainda, existia a possibilidade de agravamento da condenação pela imposição de penas por haver litigado com o propósito emulativo.

Diante dessas possibilidades, é de concluir que, no Direito Romano, a *condemnatio* em si não se bastava para a realização das pretensões fundadas no direito das obrigações. Havia hipóteses em que a condenação poderia ser agravada, por convenção das partes, pelo descumprimento do condenado ou pelo reconhecimento de abuso ao litigar. Na verdade, essas

²⁰² CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**. Torino: Fratteli Bocca, 1920. Volume I. p. 15. “o direito republicano não conhece nenhum meio de impugnação à sentença do *iudex*” (tradução livre do autor). O mesmo autor completa a afirmação, creditando tal circunstância ao caráter conferido ao juiz privado: “se anche col diritto classico si potè conciliare l’idea di un reclamo contro gli atti del magistrato, che, nella gerarchia di cui faceva parte, poteva trovare al libero esercizio del proprio potere l’ostacolo di una *maior potestas*, superiore per grado, ma identica per qualità alla sua, tale idea era del tutto estranea alla natura del *iudex privatus*, il quale esercitava come *civis* un ufficio riservato a lui solo dalla costituzione pubblica, una funzione autonoma di sovranità, diversamente interamente da quella che compievano i magistrati”. “se também com o direito clássico pode-se conciliar a idéia de uma reclamação contra os atos do magistrado, que na hierarquia do qual fazia parte, poderia encontrar o livre exercício do próprio poder o obstáculo de uma *maior potestas*, superior por grau, mas idêntica pela qualidade à sua, tal idéia de todo estranha à natureza do *iudex privatus*, o qual exercitava como *civis* um ofício reservado a ele apenas pela constituição pública, uma função autônoma de soberania, totalmente diversa daquela que cabia aos magistrados” (tradução livre do autor).

²⁰³ FRANCISCI, op. cit., p. 570. “discutir a existência de um juízo eficaz” (tradução livre do autor).

²⁰⁴ BONFANTE, op. cit., p. 115. “em algumas ações a condenação dobra – aumenta – se o demandado nega” (tradução livre do autor).

penas representavam instrumentos que se apresentavam às partes que tinham o propósito principal de garantir o cumprimento da condenação, do produto da *actio iudicati*.

O Direito Romano registrava duas importantes classes de ações: as ações pessoais, derivadas do Direito Obrigacional, e as ações reais, todas aquelas que não envolvessem obrigações. A esse propósito, Savigny afirma “Il contrapposto delle due specie è così determinato: *in personam* dicesi l’azione introdotta a tutela di una *obligatio*; *in rem* quella a tutela di un qualunque altro diritto straneo alla sfera delle *obligationes*”²⁰⁵.

Essa é uma diferença essencial já afirmada no Direito Romano e que reconhece ao titular de um direito obrigacional a *actio* ou, nas palavras de Dernburg, “Il creditore non è protetto da un possesso, come quello che può tornare a profitto di colui che è investito di un diritto reale. Di fronte al debitore negligente, egli di regola può ricorrere soltanto all’azione”²⁰⁶.

Por sua vez, Biondi também faz essa distinção, afirmando que tal decorre de outra mais antiga, entre *vindicatio* e *actio*, também reconhecendo que representam a expressão de noções jurídicas distintas “piuttosto che distinzione nel senso di un concetto più ampio, si presenta come espressione di due nozioni giuridiche diverse, le quali corrispondono ai concetti fondamentali di *dominium ed obligatio*”²⁰⁷.

Uma outra diferença entre *actio in rem* e *actio in personam* é apontada por Dernburg, que é exatamente o exaurimento do direito pessoal, a partir da procedência do pedido formulado nas ações pessoais, o que não ocorre com as ações reais onde o direito de agir não exaure o direito material (real) que fundamenta o pedido. Assim é que Dernburg reconhece essa diferença: “È essenziale, che il diritto di agire reale non esaurisce il diritto che sta di base. Se, per es., vien sodisfatta un’azione di dominio, mediante restituzione della cosa

²⁰⁵ SAVIGNY, Federico Carlo de. **Sistema del Diritto Romano Attuale**. Traduzione di Vittorio Scialoja. Torino: Torinese, 1893. p. 14. “a diferença das duas espécies é assim determinada: *in personam* diz-se da ação destinada à tutela de uma *obligatio*; *in rem* aquela destinada à tutela de qualquer outro direito estranho à esfera das *obligationes*” (tradução livre do autor).

²⁰⁶ DERNBURG, op. cit., p. 6. “O credor não é protegido por um possessório, como aquele que pode ser adotado por quem é titular de um direito real. Diante do devedor negligente, ele em regra somente pode recorrer à ação” (tradução livre do autor).

²⁰⁷ BIONDI, op. cit., 1972, p. 84. “Antes do que distinção no sentido de um conceito mais amplo, apresenta-se como expressão de duas noções jurídicas diversas, às quais correspondem aos conceitos fundamentais de *dominium e obligatio*” (tradução livre do autor).

rivindicata, continua evidentemente a sussistere il diritto di proprietà. Esso può divenire base di nuove azioni”²⁰⁸. Quando o direito é pessoal, como no caso das obrigações, o direito de agir termina por exaurir o próprio direito material, pela satisfação da pretensão posta em juízo.

Dentro do mesmo raciocínio, Ferrini²⁰⁹ conclui que a prescrição das ações reais não implica na extinção do direito material correspondente, enquanto que a prescrição das ações pessoais determina também a extinção da própria obrigação. E as ações reais, por vinculadas a uma coisa, podem ser opostas contra qualquer um que a detenha ou dela se tenha apossado, enquanto que as ações pessoais devem ser dirigidas ao obrigado, como reconhece o mesmo autor, “*exceptiones in rem e in personam*, secondo che possono essere invocate contro chiunque o solo contro determinati attori”²¹⁰.

Referindo-se à *actio in rem*, Biondi afirma que

[...] il pretore, se si tratta di cosa móbile, consente che l’attore se ne impossessi (*duci iubere*), se si tratta di immobile emana l’interdetto *quem fundum*, che autorizza l’attore ad impossessarsene, giacchè in tal modo viene pienamente realizzata la pretesa dell’attore. Nell’*actio in personam* se il convenuto non accetta il giudizio, cioè *se non defendit*, il pretore autorizza la *ductio* di lui, in guisa che in tal modo si realizza la pretesa dell’attore.²¹¹

A *actio in personam* também era denominada simplesmente *actio*, reservando-se para a *actio in rem* a denominação de *vindicatio*. Então, a primeira estava relacionada ao direito das obrigações, enquanto que a *vindicatio* prestava-se às pretensões fundadas em direitos reais. Nesse sentido, Biondi afirma que

²⁰⁸ DERNBURG, op. cit., p. 390. “É essencial que o direito de agir real não exaure o direito que está na base. Se, por exemplo, seja satisfeita uma ação de domínio, mediante restituição da coisa reivindicada, continua evidentemente a subsistir o direito de propriedade. Esse pode tornar-se base de novas ações” (tradução livre do autor).

²⁰⁹ “La prescrizione dell’azione reale (in quanto non concorra usucapione) non importa estinzione del diritto corrispondente; ma la prescrizione dell’azione personale implica estinzione della estessa obbligazione” (FERRINI, op. cit., p. 249). “A prescrição da ação real (enquanto não ocorra usucapião) não importa extinção do direito correspondente, mas a prescrição da ação pessoal implica extinção da mesma obrigação” (tradução livre do autor).

²¹⁰ Idem, p. 236. “*exceptiones in rem e in personam*, segundo possam ser invocadas contra qualquer um ou contra determinados atores” (tradução livre do autor).

²¹¹ BIONDI, op. cit., 1972, p. 85. “o pretor, se se trata de coisa móvel, consente que o autor dela se aposses (*duci iubere*), tratando-se de imóvel concede o interdito *quem fundum*, que autoriza ao autor o apossamento, com o que realiza-se plenamente a pretensão do autor. Na *actio in personam* se o réu não aceita o juízo, isto é, *se non defendit*, o pretor autoriza a *ductio* dele, à força de que se realiza a pretensão do autor” (tradução livre do autor).

Un tempo si distingueva *actio* da *vindicatio*. La prima riguarda i diritti personali, a cui successivamente si dà la qualifica di *in personam*: è l'attività rivolta contro il debitore insolvente, tendente, prévio accertamento del rapporto e dell'inadempimento, ad impadronirsi della sua persona nei modi e forme legali. La *vindicatio*, come enuncia già la stessa parola, un tempo era lotta per il possesso di una cosa.²¹²

Embora a denominação *actio* tenha sido utilizada como um conceito geral²¹³, englobando *actio* e *vindicatio*, a noção de *actio in personam* sempre esteve estritamente ligada ao direito obrigacional. Nesse sentido, Biondi aponta que as questões envolvendo o direito obrigacional estavam afetas à *actio*, referindo que “*actio* è in rapporto con la nozione di *obligatio*, la quale, secondo il *ius civile*, è il vincolo di una persona per l'adempimento di una determinata prestazione”²¹⁴.

No mesmo sentido, Charles Mayns afirma que “le but des *actiones in personam* est d'obtenir l'*exétion* d'une obligation, en d'autres termes la condamnation du débiteur, tandis que dans l'*actio in rem* le but direct est la reconnaissance et par suite le *mantien* du droit contesté”²¹⁵. A partir daí o autor também reconhece que o liame entre autor e réu, na *actio in rem*, inicia a partir do início da ação, enquanto que no caso da *actio in personam*, fundada no direito obrigacional, o vínculo pessoal é anterior, remontando ao surgimento da própria obrigação.

²¹² BIONDI, op. cit., 1972, p. 82. “Numa época distinguia-se *actio* da *vindicatio*. A primeira refere-se aos direitos pessoais, aos quais consequentemente são qualificados de *in personam*: é a atividade direcionada contra o devedor insolvente, tendente, prévia declaração da relação e do inadimplemento, a enquadrar sua pessoa nos modos e formas legais. A *vindicatio*, como enuncia já a própria palavra, naquele tempo era o conflito pela posse de uma coisa” (tradução livre do autor).

²¹³ Biondi aponta a utilização da expressão *actio* como gênero, designando *actio in rem* e *actio in personam*: “La separazione tra *vindicatio* ed *actio*, pur restando concetti diversi, viene superata sotto il concetto ed il termine generale di *actio*, intesa come mezzo giudiziario, donde la distinzione tra *actio in rem* per la *vindicatio*, ed *actio in personam* per specificare l'antica *actio* (21). La *vindicatio* viene così assunta nel concetto generale di *actio*, pur persistendo, come ancora nel linguaggio moderno, il termine *vindicatio*, la quale si qualifica *actio*, ma l'*actio in personam* non si qualifica *vindicatio*” (Idem, p. 82). “A separação entre *vindicatio* e *actio*, expressando conceitos diversos, vem superada sob o conceito e o termo geral de *actio*, entendida como meio judiciário, donde a distinção entre *actio in rem* para a *vindicatio* e *actio in personam* para especificar a antiga *actio*. A *vindicatio* vem assim compreendida no conceito geral de *actio*, persistindo, como ainda na linguagem moderna, o termo *vindicatio*, a qual se qualifica *actio*, mas a *actio in personam* não se qualifica *vindicatio*” (tradução livre do autor).

²¹⁴ Idem, p. 84. “*actio* está relacionada com a noção de *obligatio*, a qual, segundo o *ius civile*, é o vínculo de uma pessoa pelo adimplemento de uma determinada prestação” (tradução livre do autor).

²¹⁵ MAYNS, Charles. **Éléments de Droit Romain**. 2. ed. Bruxelles: Bruxelles & Leipzig, 1856. p. 304. “o objeto das *actiones in personam* é de obter a execução de uma obrigação, em outros termos a condenação do devedor, enquanto que na *actio in rem* o objetivo direto é o reconhecimento e por consequência a manutenção do direito contestado” (tradução livre do autor).

Para que se possa alcançar com precisão a natureza da *actio* para os romanos, é necessário compreender a sua estreita e indissociável ligação com o conceito de *obligatio*. Silvio Perozzi distingue, inicialmente, os conceitos de *obligatio* e de *obligazione*, apontando que a *obligatio* representa-se pela infinita série de casos em que uma pessoa deve prestar uma obrigação a uma outra, enquanto que *obligazione* pode ser compreendida como a condição pessoal de sujeição a uma outra pessoa, dependente de um fato (relação jurídica) que produz essa condição de sujeição.

Por sua vez, Alvaro D’Ors reconhece que “desde la primera etapa clásica se utiliza el término *obligatio* para designar la relación de deuda (*debitum*) según el derecho civil, es decir, la reclamable por una acción en la que se invoca un deber por derecho civil con el término técnico *oportere*”²¹⁶. Esse mesmo autor reconhece que no Direito Romano havia íntima conexão entre o direito de ação e o direito das obrigações.

No Direito Romano as pretensões fundadas nos direitos pessoais – a “*obligatio*” – eram resolvidas na esfera privada através da *actio*. Como afirma Ovídio Baptista da Silva:

[...] essa forma de proteção jurisdicional supunha a incoercibilidade inerente à primitiva *obligatio* romana, que não permitia a execução jurisdicional *in natura*, dando ensejo, no máximo, a uma sentença de condenação, em que o juiz não executava, limitando-se a reprovar o ilícito e recomendar o cumprimento da obrigação pelo condenado.²¹⁷

Silvio Perozzi refere que o termo *actio* designava, em princípio, um meio processual, originariamente distinto de outros meios processuais (por exemplo, os interditos) e, posteriormente, veio a assumir um significado material. Efetivamente, tem-se um direito que se afirma a partir da possibilidade que o credor tem de agir em relação ao devedor

²¹⁶ D’ORS, op. cit., p. 191. “desde o primeiro período clássico utiliza-se o termo *obligatio* para designar a relação de dívida (*debitum*) segundo o direito civil, ou seja, a reclamação por uma ação em que se invoca um dever por direito civil com o termo técnico *oportere*” (tradução livre do autor).

²¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Ação de Imissão de Posse**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a. p. 15.

inadimplente. Essa constatação de Perozzi²¹⁸ deve-se ao argumento de que, em relação às obrigações, torna-se natural o pensamento de que não há direito sem sanção e, hoje, sem jurisdição.

Retornando à conexão entre obrigação e ação, Alvaro D’Ors reconhece que essa relação era de tal envergadura que “allí donde falta la acción *in personam* falta también la obligación”²¹⁹, trazendo como exemplo as dívidas contraídas por escravos ou incapazes que não podiam ensejar uma ação civil e, assim, terminaram classificadas como “obrigações naturais”. Tais obrigações, a par de não encontrarem meios diretos de satisfação, tinham algum amparo jurídico, podendo ser objeto de compensação, novação ou retenção.

Perozzi reconhece que a denominação “ação” tornou-se um gênero no qual estavam compreendidos tanto a ação propriamente dita como também os interditos e, ainda, observa que o termo *actione* indicava também “le singole formule (*actiones*) che il Pretore durante il periodo della procedura formulare accordava ad una parte contro l’altra in forza della sua *iurisdictio* per far valere um diritto dell’attore o solo per far constatare uno stato di diritto o di fatto”²²⁰.

Nesse mesmo sentido, Liebman registra que ao proferir a condenação romana, a *condemnatio*, produzia-se a eficácia de fazer surgir uma nova obrigação. A partir dessa sentença, o Direito Romano concedia ao condenado o prazo de trinta dias para poder prover-se de dinheiro e cumprir sua obrigação. Esse lapso de trinta dias fazia também o efeito de tornar incerta a obrigação, exigindo então a *actio* que, de acordo com o autor, “era necessária

²¹⁸ É assim que Perozzi conclui: “Concepita l’azione a questo modo, s’intende come essa si per noi presente in tutti i casi in cui pensiamo che alcuno (che si dice “creditore”) ha diritto di esigere una data prestazione da un altro (che si dice “debitore”) perchè, pensando questo, siccome non v’ha diritto a una simile esigenza senza sanzione, e quindi, nel diritto evoluto, senza giudizio, implicitamente pensiamo anche alla capacita del creditore di far valere il suo diritto in giudizio, se il debitore si rifiuta a soddisfarlo” (PEROZZI, op. cit., p. 7). “Concebida a ação desse modo, entende-se como essa apresenta-se para nós em todos os caos em que pensamos que alguém (que se diz credor) tenha direito de exigir uma dada prestação de um outro (que se diz “devedor”) porque, pensando isso, assim como não há direito a uma exigência sem a sanção, e assim, no direito moderno, sem juízo, implicitamente pensamos também sobre a capacidade do credor de fazer valer o seu direito em juízo, se o devedor se recusa a satisfazê-lo” (tradução livre do autor).

²¹⁹ D’ORS, op. cit., p. 192. “ali onde falta a ação *in personam* falta também a obrigação” (tradução livre do autor).

²²⁰ PEROZZI, op. cit., p. 31. “as fórmulas singulares (*actiones*) que o Pretor durante o periodo do procedimento formulário concedia a uma parte contra a outra por força da sua *iurisdictio* para fazer valer um direito do autor ou apenas para constatar um estado de direito ou de fato” (tradução livre do autor).

porque, no momento em que se queria iniciar a execução, havia entre as partes uma obrigação incerta em sua existência”²²¹.

A herança do Direito Romano definiu o sistema processual contemporâneo, tornando absolutamente distintas as formas de prestação da atividade jurisdicional. Certamente, como já referido, não se trata de uma herança plena, porque já no Direito Romano havia outros institutos que se prestavam à tutela do direito obrigacional e que foram abandonados no decorrer da história da humanidade. Embora o direito obrigacional encontrasse solução através da *actio*, é do rigor de outros mecanismos, inclusive penais, que se alcançava a plena tutela.

É preciso compreender, assim, que a condenação romana não realizava a pretensão do autor e também que, no Direito Romano, coexistiam outros instrumentos que cumpriam essa função e estavam ao encargo do pretor.

3.2 O EXERCÍCIO DO PODER DE IMPÉRIO NO DIREITO ROMANO: OS INTERDITOS E A REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO EXECUTIVA

A atividade do pretor, no Direito Romano, representava o exercício do poder de império e era responsável pela realização das pretensões, especialmente a partir dos interditos. Essa atividade que representava um ato de vontade do pretor alcançou maior relevância a partir do período formulário, quando foram abolidas as ações da lei. As fórmulas, mais amplas, permitiam uma atuação discricionária, porque ao concedê-las, no início do procedimento perante o juiz privado, o pretor realizava uma cognição sumária, a partir dos elementos trazidos pelo autor.

O pretor não esteve sempre à frente dessa função, mas sua origem é intimamente ligada às funções importantes do Estado Romano, porque nos períodos primitivos tinha a missão de guiar os exércitos, tarefa que, aos poucos, foi sendo substituída por outras, até incorporar efetivamente aquela de exercer o poder de império.

²²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva. 1952. p. 24.

Uma das discussões que se estabelecem em relação ao processo civil romano funda-se exatamente na natureza da função pretoriana, encontrando-se a maior parte dos processualistas a defender posição no sentido de que tal função não seria jurisdicional. Esse dissenso decorre, em parte, da separação entre as atividades cognitiva e executiva, uma característica marcante do Direito Romano.

É verdade que essa separação nem sempre se verificou no Direito Romano. Houve períodos, como naquele da monarquia, em que as duas funções eram desempenhadas conjuntamente. Nesse sentido, é Scialoja quem reconhece que “En el derecho romano más antiguo, o sea en tiempo de los reyes, era naturalmente al rey, como magistrado supremo, al que correspondían el *imperium* y la *iurisdictio*; así, no cabe duda de que también el proceso civil era de incumbencia del rey”²²².

Com o fim da monarquia, a função jurisdicional passou para o juiz privado, e ao Estado, através dos côsules e pretores, coube a função de império. Em outras palavras, ao juiz privado cabia a função declarativa. Ao Estado, que tinha o poder de império, a função de execução. Isso perdurou ao menos em todo o período fórmulário, que manteve a divisão entre a função declarativa e executiva que, posteriormente, foram unificadas, no período da cognição extraordinária.

A função do pretor tinha sua maior expressão nos interditos que eram ordens proferidas a partir da observância de determinados pressupostos e que, assim, registravam evidente cunho mandamental. De cognição sumária, os interditos revestiam um importante papel no atendimento das pretensões, durante grande parte do Direito Romano. E, porque tiveram seu máximo desenvolvimento do período das fórmulas – que terminou informando a recepção e conduziu ao estabelecimento do sistema processual contemporâneo – justifica-se sua análise e compreensão.

Compreender o Direito Romano, sem considerar a atividade interdital que era a responsável pela realização das pretensões, implica ter em consideração um sistema

²²² SCIALOJA, op. cit., p. 108. “No direito romano mais antigo, ou seja, no tempo dos reis, era naturalmente ao rei, como magistrado supremo, que correspondiam o *imperium* e a *iurisdictio*; assim, é indubitável que também o processo civil era de incumbência do rei” (tradução livre do autor).

processual alijado de seu mais importante instrumento, pelo que é plenamente justificada a consideração da atividade interdita, da sua natureza e do seu alcance.

3.2.1 O Pretor Romano e a Função de Império

A origem do pretor não é de consenso entre os romanistas. Há autores, como Kunkel, que sustentam que os pretores são magistrados da república, “que tomaram el mando tras la expulsión de los tarquinos”²²³. Outra corrente, contudo, opina no sentido de que “el paso de la Monarquía a la organización republicana debió producirse gradualmente”²²⁴.

O pretor “venía a ser casi un tercer cónsul, pero con dignidad un poco inferior, *collega minor*; podía no obstante ocupar el lugar de los cónsules, y a menudo ejercía en absoluto sus mismas funciones”²²⁵. Em face de sua autoridade ligeiramente inferior, absorveu a parte de funções que os cónsules não podiam realizar. Assim ocorreu especialmente com a jurisdição, reconhecendo Scialoja, a seu respeito:

[...] así que ésta permaneció teóricamente en poder de los cónsules y en poder del pretor, pero prácticamente la ejerció el pretor, y los cónsules conservaron simplemente el ejercicio de la llamada jurisdicción voluntaria o *legis actio*, como se la designó en el derecho romano avanzado; a saber, el de aquellas funciones que nada tenían de común con la verdadera y propia jurisdicción, sino que consistían en el cumplimiento de los actos solemnes que revestían la forma de un acto judicial, porque debían hacerse en la forma de la *in iure cessio*; pero que realmente nada tenían que ver con la decisión de una litis (manumisión, adopción, etc.).²²⁶

No mesmo sentido, Kunkel reconhece que os pretores – que integravam a magistratura num nível abaixo dos cónsules, mas que assumiam as funções jurisdicionais em face da

²²³ KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miquel. Barcelona: Ariel, 1998. p. 22. “que tomaram o poder após a expulsão dos tarquinos” (tradução livre do autor).

²²⁴ FRANCISCI, op. cit., p. 73. “a passagem da Monarquia à organização republicana produziu-se gradualmente” (tradução livre do autor).

²²⁵ SCIALOJA, op. cit., p. 108. “vinha a ser quase um terceiro cónsul, mas com dignidade um pouco inferior, *collega minor*, podía não obstante ocupar o lugar dos cónsules, e especificamente exercia suas mesmas funções” (tradução livre do autor).

²²⁶ Id-Ibidem. “assim que esta permaneceu teoricamente em poder dos cónsules e em poder do pretor, mas praticamente a exercitou o pretor, e os cónsules conservaram simplesmente o exercício da chamada jurisdição voluntária ou *legis actio*, como foi designada no direito romano avançado; ou seja, daquelas funções que nada tinham em comum com a verdadeira e própria jurisdição, senão que consistiam no cumprimento dos atos solenes que revestiam a forma de um ato judicial, porque deveriam realizar-se na forma da *in iure cessio*; mas que realmente nada tinham em comum com a decisão de uma lide (libertação de um escravo, adoção, etc.)” (tradução livre do autor).

impossibilidade destes que acumulavam outras funções – representaram a “verdadera magistratura jurisdiccional en el período para nosotros mejor conocido de la república y bajo el principado”²²⁷. Convém, também, recuperar a precisa conceituação da função dos pretores, estabelecida por Arangio-Ruiz que diz, acerca disso: “recibió también el nombre de *praetor* y cuya función era la de administrar justicia”²²⁸.

A primeira função dos pretores foi a de guia dos exércitos (*prae-ire*), ou seja, os pretores originalmente tinham a função de mando dos exércitos. Porém logo se afirmaram entre suas atribuições a “jurisdição civil” e o exercício da repressão penal, além dos direitos de convocar e presidir os comícios e o Senado, bem como algumas atribuições religiosas. Kunkel afirma inexistir qualquer dúvida acerca de que o poder do pretor teve, desde o início, “uma faceta civil”²²⁹, compreendendo matérias logo classificadas de *coercitio* e *iurisdictio* que, juntamente com o poder militar, compunham o seu poder geral de mando. Assim, o pretor exercia também poder de império²³⁰ que também era reconhecido ao cônsul e a outras magistraturas extraordinárias.

Essa atividade pretoriana desenvolveu-se especialmente no período formulário. Durante o período das *legis actiones*, a atividade do pretor era tolhida pelas ações previstas na lei, que impediam ao pretor a introdução de novas ações.²³¹ O pretor, naquele primitivo período, deveria ater-se ao direito existente e às relações jurídicas estabelecidas por esse direito, porque qualquer ação deveria estar amparada na previsão da lei.

²²⁷ KUNKEL, op.cit., p. 93. “verdadeira magistratura jurisdiccional no período mais conhecido da república e sob o principado” (tradução livre do autor).

²²⁸ ARANGIO-RUIZ, Vicente. **Historia del Derecho Romano**. Traducción de la 2ª edición italiana de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Madrid: Reus, 1943. p. 38. “recebeu, também, o nome de *praetor* e cuja função era a de administrar justiça” (tradução livre do autor).

²²⁹ KUNKEL, op. cit., p. 23. “uma feição civil” (tradução livre do autor).

²³⁰ “El *imperium* es el poder soberano, unitario, original y originariamente absoluto e ilimitado que correspondía al monarca, que pasó – aunque fuera con algunas limitaciones – a sus sucesores, a pesar de que la posición de éstos a respecto a la *civitas* fuera conceptual y jurídicamente distinta de la de aquél respecto a la federación o comunidad de las *gentes*.” (FRANCISCI, op. cit., p. 125). “O *imperium* é o poder soberano, unitário, original e originariamente absoluto e ilimitado que correspondia ao monarca que passou – ainda que fosse com algumas limitações – aos seus sucessores, apesar de que a posição destes acerca da *civitas* fosse conceptual e jurídicamente distinta daquela relativa à federação ou comunidade das *gentes*” (tradução livre do autor).

²³¹ Nesse sentido, Wetter afirma que no período das *legis actiones* “le préteur se trouvait dans l’impossibilité d’introduire des actions nouvelles; il devait se tenir au droit existant et aux rapports juridiques reconnus par ce droit, puisque aucune action n’était susceptible d’être poursuivie si ce n’est sur le fondement et à l’imitation d’une loi” (WETTER, P. Van. **Cours Élémentaire de Droit Romain**. Paris: A. Durand, 1871. p. 68). “o pretor encontrava-se na impossibilidade de introduzir novas ações; ele deveria ater-se ao direito existente e às relações jurídicas reconhecidas por esse direito, porque nenhuma ação era suscetível de ser realizada se não sobre o fundamento e à imitação de uma lei” (tradução livre do autor).

A partir do período formulário, a atividade do pretor ampliou-se sem significar, todavia, que se tivesse modificado substancialmente. Sobre tal, De Martino afirma que “il vero è che la funzione del pretore nella *legis actio*, sebbene vincolata all’osservanza delle norme del *ius civile*, non è dissimile negli aspetti puramente processuali e tecnici, della funzione esercitata più tardi nel processo formulare”²³². Então, embora tenha encontrado maior expressão a partir do período formulário, a atividade pretoriana não teve modificação em sua essência.

O pretor tinha uma função de interpretar e suprir eventuais lacunas da lei, o que fazia através dos editos que tinham eficácia durante o ano em que durava sua magistratura. Ao assumir seu mandato, o pretor promulgava o edito que representava uma afirmação pública acerca de seu modo de interpretação e compreensão da legislação, bem como das questões que representavam as lacunas da lei.

A mesma função pretoriana, de interpretar e compensar as lacunas da lei, também era exercida de forma indireta, como afirma Emílio Costa²³³, através dos outros instrumentos processuais da competência do pretor, entre eles os interditos. É que, ao conceder o interdito, o pretor já realizava atividade interpretativa, dispondo acerca da aplicação da lei ao caso. Enfim, por essa ótica, pode-se afirmar que tal atividade do pretor assemelhava-se à função jurisprudencial, constituindo-se numa das fontes do Direito Romano.

²³² DE MARTINO, Francesco. **La Giurisdizione nel Diritto Romano**. Padova: CEDAM, 1937. p. 62. “é verdade é que a função do pretor na *legis actio*, embora vinculada à observância das normas do *ius civile*, não é distinta, nos aspectos puramente processuais e técnicos, da função exercida mais tarde no processo formulário” (tradução livre do autor).

²³³ “Le poneva in atto indirettamente, per mezzo di strumenti processuali, ch’egli dichiarava nel suo editto di concedere a tutela di quelli: strumenti che potevano consistere in azioni idonee a farli valere (*actionem dabo, iudicium dabo*), o in garanzie atte ad assicurarne l’adempimento (*satisfationes*), o in altri provvedimenti cautelari (*missiones in possessionem*), o in provvisori divieti (*interdicta*), o in difese opponibili ad azioni fondate sopra norme di leggi non più rispondenti alle condizioni vive e presenti (*exceptiones*)” (COSTA, Emílio. **Storia del Diritto Romano Privato**. 3. ed. Firenze: G. Barbèra, 1921. p. 10). “A colocava em ação indiretamente, por meio de instrumentos processuais, que os declarava no seu edito de conceder a tutela acerca deles: instrumentos que poderiam consistir em ações idôneas a fazer valer (*actionem dabo, iudicium dabo*), ou à garantia ou a assegurar o adimplemento (*satisfationes*), ou outros provimentos cautelares (*missiones in possessionem*) ou proibições provisórias (*interdicta*), ou em defesas oponíveis e ações fundadas em normas de leis que não mais respondem às condições vivas e presentes (*exceptiones*)” (tradução livre do autor).

3.2.2 A Atividade do Pretor: Verdadeira Jurisdição?

A função criadora dos pretores é percebida por Francisci que, depois de observar a forma de promulgação do edito pretoriano, trata dessa sua função criadora do próprio direito material, afirmando que “L’importanza della creazione di questi diritti é puramente procedurale per il diritto; in quanto che la concessione della tutela da parte del magistrato poteva venire concessa a un rapporto anche non contemplato dallo ius civile, si venne a creare anche indirettamente un rapporto di diritto materiale”.

Os editos pretorianos eram, pois, fonte do Direito Romano, existindo inclusive alguns posicionamentos que os igualam à própria lei, apenas que de eficácia limitada (*lex annua*). Mas os editos não eram integrantes da legislação, tinham, antes, a natureza de suprir as lacunas da lei.

É importante observar que os editos registravam algumas particularidades que tornavam quase paradoxal sua conformação: embora precários, revestidos de fragilidade, se afirmavam como um instrumento de reconhecida efetividade no Direito Romano. A precariedade dos editos pretorianos decorria, certamente, da sua provisoriedade, já que a sua validade estava restrita ao período anual em que durava o mandato do pretor. Como reconhece Bretonne, “o édito, desde o momento em que é promulgado, mostra os sinais do próximo fim”²³⁴. Porém, embora tal circunstância, o edito poderia ser retomado pelo magistrado seguinte, transferindo, então, o seu conteúdo para o edito que o segue.

É exatamente nesse ponto que se assenta um dos paradoxos dos editos pretorianos: a tendência de estabilização dessas promulgações, porque se verificava sua natural reedição. Não era essa uma regra impositiva, mas havia uma afeição do Direito Romano a tal procedimento, o que lhes conferia uma relativa estabilidade: estavam condenados a uma continuada apreciação crítica, é verdade, mas a tendência à sua estabilização era evidente, a partir de critérios políticos e axiológicos.

Para grande parte dos romanistas o pretor não exercia a jurisdição, que estava ao encargo do juiz privado. No entanto, em face da divisão da função jurisdicional daquela de

²³⁴ BRETONNE, Mário. **História do Direito Romano**. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shhoja. Lisboa: Estampa, 1988. p. 138.

império, cometida pelo Direito Romano, os atos dependentes do poder de império, atualmente compreendidos no conceito de jurisdição, eram da competência do pretor. Depois de afirmar que o escopo do processo romano era o alcance da certeza jurídica, Chiovenda atribui ao pretor a realização dessa função, quando diz que, no período formulário, a “*formulazione della volontà della legge è operata potenzialmente e condizionalmente dal pretore: e il centro del processo è costituito da questo solene atto di volontà, con cui il magistrato commette al iudex l’indagine dei fatti*”²³⁵.

Então, dentro do poder de império que lhe era conferido, o pretor registrava diversas atribuições hoje entendidas como jurisdicionais. Primeiro, a apontada por Chiovenda, que encerrava um ato de vontade, concedendo ou não a ação que se desenvolveria perante o juiz privado. Depois, era de sua competência a realização da função executiva no procedimento civil romano, sendo sua também a competência para a execução das sentenças condenatórias que não fossem cumpridas voluntariamente.

É importante perceber que, nos períodos primitivos do Direito Romano, o devedor era colocado numa condição de submissão em relação ao credor. É Engels quem, ao analisar os modos de produção na fase da Barbárie e abordando o surgimento do comércio, aponta que “Nenhuma legislação posterior submete, de maneira tão dura e irremissível, o devedor ao credor usurário, como faziam as leis da antiga Atenas e da antiga Roma”²³⁶. Então, nessas fases do Direito Romano, o condenado que não pagava a importância a que fora condenado poderia estar sujeito ao procedimento executivo que, inicialmente, tinha um caráter personalíssimo, através da *actio iudicati* cuja procedência determinava a submissão do condenado a prestar serviços ao autor.

Todavia, tal condição não se manteve durante todo o Direito Romano. A partir da evolução do processo civil romano, especialmente a partir da afirmação do processo formulário e da ampliação da atividade do pretor, a execução passou a ser por ele realizada, ganhando feição patrimonial. Gradativamente, e era assim que evoluía o Direito Romano, passou-se da execução pessoal para a execução patrimonial.

²³⁵ CHIOVENDA, op. cit., p. 97. “a formulação da vontade da lei é operada potencial e condicionalmente pelo pretor: e o centro do processo é constituído por este solene ato de vontade, com o qual o magistrado atribui ao *iudex* a investigação dos fatos” (tradução livre do autor).

²³⁶ ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974. p. 187.

Essa execução patrimonial, trazida pelo pretor, tinha uma posição secundária em seu início, quando coexistiam as duas formas de execução. Porém, a partir dos casos em que era impossível a execução pessoal²³⁷, como em face da ausência ou morte do devedor, a execução patrimonial passou a alcançar maior importância, tornando-se o modo natural de realização das condenações.

Assim, a execução das condenações, realizada pelo pretor, era ordinariamente patrimonial e não pessoal. Substituiu os primitivos modos de satisfação das obrigações que alcançavam a pessoa do condenado. É possível afirmar, a partir disso, que, ao mesmo tempo em que se passou da execução pessoal para a execução patrimonial, também se ampliou a competência do pretor que não realizava a primitiva forma de execução.

As sentenças condenatórias, proferidas pelos juízes privados, sempre expressas em pecúnia, poderiam sofrer acréscimos em face da convenção das partes ou mesmo da resistência do condenado em adimpli-las. Essas condenações eram resolvidas, então, através da *actio iudicati*, como reconhece Alvaro D'Ors que, depois de admitir que o condenado poderia cumprir voluntariamente a obrigação, afirma: “si no lo hace voluntariamente, el demandante vencedor puede ejercitar contra él la acción ejecutiva (*actio iudicati*), cuya condena cresce al doble contra el que se resiste (*litiscrescencia por infitatio*)”²³⁸.

Além de realizar a função executiva, o pretor também era responsável pelos procedimentos extraordinários, dentre eles os interditos. O pretor que, segundo a maior parte dos romanistas, não integrava diretamente a jurisdição romana, exercia essa função sempre que se fizesse necessário o poder de império. Tal forma de proceder estava fundada na clássica divisão do Direito Romano que separava a função declarativa da jurisdição, realizada perante o juiz privado, da função de execução que dependia do poder de império.

²³⁷ Francisci aduz que, nesses casos de impossibilidade de execução pessoal, “atendió el pretor concediendo al acreedor que entrara en posesión de los bienes del deudor, y después de cierto tiempo y del cumplimiento de algunas formalidades, que procediera a su venta”. (FRANCISCI, op. cit., p. 572). “atuava o pretor concedendo ao credor que entrasse na posse dos bens do devedor, e depois de certo tempo e do cumprimento de algumas formalidades, que procedesse na sua venda” (tradução livre do autor).

²³⁸ D'ORS, op. cit., p. 74. “se não o faz voluntariamente, o autor vencedor pode exercitar contra ele a ação executiva (*actio iudicati*), cuja condenação dobra contra aquele que resiste (*litiscrescencia por infitatio*)” (tradução livre do autor).

Enfim, a função do pretor foi repartida a partir do ano 242 a.C.²³⁹, o que conduziu a uma ampliação da esfera de atuação do *praetor urbanus* e, a partir do momento em que se deu aos pretores a presidência dos tribunais de jurados, a competência dos pretores restou limitada à administração da justiça.

Essa atividade de administração da justiça, ampliada no período formulário²⁴⁰, consistia ainda na declaração acerca da utilização de alguma ação²⁴¹ que poderia ser exercitada se presentes determinados pressupostos, como já referido. E esse reconhecimento terminava por implicar a afirmação da existência ou não do direito, na medida em que isto se expressava pela faculdade de exercer a ação. É assim que Bonfante resume a atividade do pretor:

[...] en el período más fecundo de la evolución del Derecho romano, su progresiva formación estuvo en manos de un Magistrado, no provisto propiamente de poder legislativo, pro destinado a la administración de la justicia. Dicho Magistrado era el Pretor, el cual al introducir sus innovaciones, en lugar de establecer nuevos derechos a base de ciertos supuestos (lo que no podía), concedía alguna vez o declaraba en su Edicto, durante el año que duraba su cargo, la acción o juicio que podía ejercitarse en determinados supuestos.²⁴²

Esse período da história do Direito Romano revela-se particularmente interessante para o processo contemporâneo, porque foi a partir desse período que se extraíram as fontes

²³⁹ Kunkel afirma que “Desde el año 242 a.C. se repartieron dos pretores estas funciones: el titular de la antigua pretura, llamado ahora *praetor urbanus*, siguió con la jurisdicción entre ciudadanos romanos; el nuevo *praetor peregrinus* era competente para procesos entre extrajeros y entre extranjeros y ciudadanos romanos” (KUNKEL, op. cit., p. 93). “Desde o ano 242 a.C. reparatiram-se as funções dos pretores: o titular da antiga pretura, chamado agora *praetor urbanus* seguiu com a jurisdição entre cidadãos romanos; o novo *praetor peregrinus* era competente para processos entre estrangeiros e entre estrangeiros e cidadãos romanos” (tradução livre do autor).

²⁴⁰ Dernburg reconhece essa ampliação e a influência para o sistema de ações, quando afirma que “Il sistema romano delle azioni ricevette la sua base fondamentale dai giuristi al tempo delle *legis actiones*, ed ottenne un ricco svolgimento nell’epoca successiva del procedimento formulare per opera degli editti dei magistrati, in particolare dei pretori, cui era affidata la giurisdizione civile” (DERNBURG, op cit., p. 385). “O sistema romano das ações encontra sua base fundamental nos juristas do tempo das *legis actiones*, e obtém um rico desenvolvimento na época sucessiva do procedimento formulário por obra dos editos dos magistrados, em particular dos pretores, a quem era confiada a jurisdição civil” (tradução livre do autor).

²⁴¹ É importante observar que Pugliese adverte que “non era chiamata actio la richiesta al magistrato di uno fra gli straordinari mezzi di tutela, che egli venne concedendo (*interdicta*)” (PUGLIESE, op. cit., 1957. p. 26). “não era chamada actio o pedido ao magistrado de um dentre os extraordinários meios de tutela, que ele concedia (*interdicta*)” (tradução livre do autor).

²⁴² BONFANTE, op. cit., p. 111. “no período mais fecundo da evolução do Direito romano, sua progressiva formação esteve em mãos de um Magistrado, não investido propiamente de poder legislativo, mas destinado à administração da justiça. Dito Magistrado era o Pretor, o qual ao introduzir suas inovações, em lugar de estabelecer novos direitos à base de certos pressupostos (o que não podia) concedia alguma vez ou declarava em seu Edito, durante o ano que durava seu cargo, a ação ou juízo que poderia exercitar-se em determinados pressupostos” (tradução livre do autor).

que informaram o Direito moderno, como reconhece Ovídio Baptista da Silva²⁴³, que identifica tais fontes nos últimos períodos da história do Direito Romano, especialmente do direito romano justiniano. No caso do Direito Romano, foi somente a partir da intervenção do pretor que se passou a conceber a possibilidade de cumulação de ações e, também, a intervenção direta do Estado, independentemente da atuação do juiz privado, como no caso dos interditos.

3.2.3 Os Interditos, Expressão da Mandamentalização no Direito Romano

Os interditos tinham o propósito de garantir a segurança das relações privadas e, especialmente, garantir o respeito às “situaciones de apariencia jurídica, a fin de que las reclamaciones contra la misma se hagan procesalmente, no de propia mano, y no se perturbe la paz pública”²⁴⁴. Essa conceituação demonstra que não se conferia aos interditos o caráter de realizadores da justiça, que estava afeta aos juízes privados.

Para Francisci, que reconhecia o poder de império como justificador e legitimador da concessão dos interditos, estava-se diante de verdadeiras ordens condicionais, cuja definitividade, a ser oportunamente reconhecida pelos juízes privados, restava na dependência da efetiva comprovação dos fatos:

Los *interdicta* son órdenes que daba el magistrado en virtud de su *imperium* bajo el supuesto de que existían determinadas condiciones, y por medio de las cuales tendía a conciliar administrativamente determinadas situaciones de hecho... La orden del pretor, que siempre se dirigía contra una o más personas, no necesitaba ninguna comprobación de la obligación de exhibir, restituir o abstenerse. Y la forma del interdicto es tan abstracta que el destinatario sólo podía sentirse culpado y afectado por él si su comportamiento había sido, o era, contrario a la conducta que el pretor quería que se observara.²⁴⁵

²⁴³ O autor afirma que “o direito moderno utilizou-se, em sua formação, das fontes romanas dos últimos períodos de sua história, especialmente do direito romano justiniano, perante o qual tornara-se mais acentuada a equivalência entre *jurisdictio* e declaração oficial do direito, com função de ‘composição da lide’, em oposição a *imperium*, embora nos períodos mais remotos e mesmo no direito romano clássico, aquele conceito tivesse outro sentido” (BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 1997, p. 29).

²⁴⁴ D’ORS, op. cit., p. 63. “situaciones de apariencia jurídica, a fin de que las reclamaciones contra la misma se realicen procesalmente, no de propia mano, e não se perturbe a paz pública” (tradução livre do autor).

²⁴⁵ FRANCISCI, op. cit., p. 577. “Os *interdicta* são ordens que dava o magistrado em virtude de seu *imperium* sob o pressuposto de que existiam determinadas condições, e por meio das quais tendia a conciliar administrativamente determinadas situações de fato... A ordem do pretor, que sempre se dirigia contra uma ou mais pessoas, não necessitava nenhuma comprovação da obrigação de exhibir, restituir ou abster-se. E a forma do interdito é tão abstrata que o destinatário somente poderia sentir-se culpado e afetado por ele se o seu comportamento tivesse sido, ou era, contrário à conduta que o pretor queria que fosse observada” (tradução livre do autor).

É também essa a conceituação de Gandolfi, reconhecendo que “sul concetto di interdetto come ordine concordano, dicevamo, tutti i romanisti che si sono occupati dell’argomento”²⁴⁶. No mesmo sentido, Pietro Bonfante traz a idéia de que os interditos tinham uma natureza de vedação de um comportamento: “El *interdicto* era una mera orden del Magistrado, dictada después del recurso de la parte perjudicada. El nombre se deriva de *interdicere*, prohibir, porque el uso más frecuente de tales procedimientos era el de vedar un acto cualquiera”²⁴⁷.

É nítido o caráter de mandamentalidade que está presente nesse procedimento interdital. Os interditos continham uma ordem, representando uma intervenção decisiva do pretor sobre a controvérsia. Embora não estivesse incluída no sistema de ações do Direito Romano, essa intervenção do pretor era o que definia o litígio, como resume Scialoja “Así pues, es una intervención de este magistrado con *imperium*, e intervención decisiva, pues de ella surgirá después toda la definición de la relación”²⁴⁸.

Embora a posição prevalente dos romanistas incline-se no sentido de reconhecer aos interditos o caráter administrativo, excluindo-os, portanto, da função jurisdicional, existem opiniões expressivas que divergem nesse ponto, como a de Gandolfi que, apegando-se ao argumento de que “i concetti di *iurisdictio* e de *imperium* non coincidono che in parte con le moderne concezioni di giurisdizione e di amministrazione”²⁴⁹, termina por repelir a inclusão dos interditos apenas na esfera administrativa.

O interdito não era uma sentença, não tinha caráter de definitividade. Era uma ordem de cunho administrativo, exarada a partir de determinadas premissas, que não dependia de exaustiva investigação dos fatos. Havia, aqui, um nítido caráter de provisoriedade. Era uma ordem fundada na razoabilidade.

²⁴⁶ GANDOLFI, op. cit., p. 12. “sobre o conceito de interdito como ordem concordam, digamos, todos os romanistas que se ocupam do argumento” (tradução livre do autor).

²⁴⁷ BONFANTE, op.cit., p. 135. “o *interdicto* era uma mera ordem do Magistrado, ditada depois do recurso da parte prejudicada. O nome deriva de *interdicere*, proibir, porque o uso mais freqüente de tais procedimentos era o de vedar um ato qualquer” (tradução livre do autor).

²⁴⁸ SCIALOJA, op.cit., p. 321. “Assim, pois, é uma intervenção deste magistrado com *imperium* e intervenção decisiva, pois dela surgirá depois toda a definição da relação” (tradução livre do autor).

²⁴⁹ GANDOLFI, op. cit., p. 25. “os conceitos de *iurisdictio* e de *imperium* não coincidem com as modernas concepções de jurisdição e administração” (tradução livre do autor).

Quando concedia o interdito, o pretor também conferia um privilégio ao autor, como bem define Dernburg quando, ao conceituar o procedimento interdital, diz que

Si trattava di fattispecie, che non accordavano diritto, in parte non potevano divenire diritti secondo la concezione romana antica e nondimeno avevano in sè una pretesa alla difesa giuridica. Ad essi concedeva il carattere giuridico il particolare comando pretorio. L'interdetto nella sua antica figura è analogo ad un privilegio.²⁵⁰

Ao proferir o interdito, o pretor não realizava investigação detalhada dos fatos que informavam a relação jurídica objeto do pedido do autor. Apenas procedia numa verificação de compatibilidade, de verossimilhança da pretensão deduzida. É assim que Iglesias, ao definir os interditos, afirma que “El magistrado, sin necesidad de recurrir a una averiguación especial, da el interdicto, ordenando una cierta conducta, y bajo el supuesto, bajo la hipótesis de que la petición se funda en hechos dignos de ser protegidos”²⁵¹.

É possível, pois, concluir que o procedimento interdital romano não dependia da verificação da veracidade dos fatos alegados pelo autor, nem importava em realização de instrução processual, na busca da certeza dessas alegações. Eram ordens de natureza hipotética, porque ainda dependiam da efetiva verificação dos fatos. Ainda, é possível afirmar que o interdito representava uma coação indireta ao demandado, cuja eficácia concreta e substancial poderia depender do processo posterior, perante o juiz privado, no caso de não acatamento da ordem pelo demandado.

Nesse sentido vale considerar a afirmação de Gandolfi sobre essa coação indireta, comparada ao sentimento produzido no demandado pela ameaça da condenação. Por isso, o interdito representava uma coação que, ainda indiretamente, poderia produzir o resultado almejado pelo autor. É assim que Gandolfi estabelece tal comparativo, dizendo que a coação indireta, produzida pelo procedimento interdital,

²⁵⁰ DERNBURG, op. cit., p. 388. “Tratava-se de casos concretos, que não concediam direito, em parte não poderiam tornar-se direitos segundo a concepção romana antiga e todavia continham em si uma pretensão à defesa jurídica. A eles concedia o caráter jurídico o particular comando pretório. O interdito na sua antiga figura é análogo a um privilégio” (tradução livre do autor).

²⁵¹ IGLESIAS, op. cit., p. 198. “O magistrado, sem necessidade de recorrer a uma averiguação especial, dá o interdito, ordenando uma certa conduta, e sob o pressuposto, sob a hipótese de que a petição está fundada em fatos dignos de serem protegidos” (tradução livre do autor).

[...] poteva esercitarse sul convenuto la pronuncia di un ordine ipotetico, tendente a farlo meditare sul proprio comportamento, allo stesso modo come la concessione di un *iudicium* e la minaccia di una condanna alla *litis aestimatio* poteva indurre il convenuto soccombente in potenza a soddisfare in forma specifica le ragione dell'attore.²⁵²

Afirmando que o mais importante emprego dos interditos ocorria na tutela da posse, Bonfante aponta que os interditos tinham esse caráter hipotético, dependente da verificação da veracidade dos fatos alegados:

[...] el interdicto no era un fallo absoluto y definitivo, pues que el Pretor no averiguaba la verdad de los hechos alegados. El interdicto era, por el contrario, un precepto hipotético, con el cual no se intimaba a un Juez a condenar, como en las fórmulas, sino a obedecer directamente a la parte, siempre y cuando los hechos alegados fuesen verdaderos.²⁵³

No entanto, entendimento em sentido contrário é sustentado por Gandolfi que, depois de reconhecer que no processo das fórmulas a solução final não era obra do magistrado, mas do *iudex*, afirma que “nel processo interdittale potremmo giungere alle stesse conclusioni, oltre che per motivi di analogia, se seguissimo l’opinione generale che vede nell’interdetto un ordine condizionato”²⁵⁴.

Também merece destaque o fato de que os interditos representavam uma ordem dada pelo pretor no início do procedimento. Tinham, então, uma feição liminar, como reconhece Dernburg, “Negl’interdetti il procedimento cominciava con un comando personale del pretore alle parti presenti”²⁵⁵. E, mais uma vez, é possível concluir pela aceitação da plausibilidade e razoabilidade, sustentadoras desse procedimento.

²⁵² GANDOLFI, op. cit., p. 41. “poderia exercer-se sobre o réu a pronúncia de uma ordem hipotética, destinada a fazê-lo meditar sobre o próprio comportamento, do mesmo modo com a concessão de um *iudicium* e a ameaça de uma condenação à *litis aestimatio* poderia induzir o condenado sucumbente em potencial a satisfazer de forma específica a razão do autor” (tradução livre do autor).

²⁵³ BONFANTE, op. cit., p. 136. “o interdito não era um pronunciamento judicial absoluto e definitivo, pois o pretor não averiguava a verdade dos fatos alegados. O interdito era, ao invés, um preceito hipotético, com o qual não se intimava um juiz a condenar, como nas fórmulas, senão a obedecer diretamente à parte, sempre e quando os fatos alegados fossem verdadeiros” (tradução livre do autor).

²⁵⁴ GANDOLFI, op. cit., p. 41. “no processo interdital poderíamos alcançar as mesmas conclusões, ainda que por motivos de analogia, se seguissemos a opinião geral que vê no interdito uma ordem condicionada” (tradução livre do autor).

²⁵⁵ DERNBURG, op. cit., p. 387. “Nos interditos o procedimento começava com um comando pessoal do pretor às partes presentes” (tradução livre do autor).

Os interditos continham, assim, um caráter mandamental, a ordem do pretor, para a exibição, a restituição ou a abstenção, que poderia ser cumprida pelo demandado, encerrando-se a questão. No caso de descumprimento, a realização dessa ordem era garantida através de diversos mecanismos. Num primeiro período, a estipulação da *sponsio*, que consistia num compromisso de um dos litigantes, incidente na hipótese de descumprimento e mediante a promessa do obrigado²⁵⁶. Como afirma Dernburg, “Chi disubbidiva incorreva in pena, alla quale egli doveva impegnarsi mediante *sponsiones*. Egli poteva inoltre essere convenuto per l’esecuzione di ciò, che il pretore aveva da lui richiesto”²⁵⁷. A utilização da *sponsio*, então, tinha o propósito de garantir a realização do interdito. O poder de império exercitava-se através da *sponsio* que representava um dos instrumentos de coercibilidade.

Esse caráter de coercibilidade, representado pela pena, também é reconhecido por Jhering que atribuía aos interditos a missão de impedir que o demandado opusesse resistência à realização da justiça privada, a partir do reconhecimento de que a atividade do demandante estava fundada na plausibilidade do direito alegado. Assim, afirma:

O Pretor não executava pessoalmente, ou por meio de seus lictores, senão que autorizava ao demandante a tomar por si mesmo as medidas necessárias, para se fazer dono (*duci jubere*) da pessoa do devedor, do filho, do escravo; a ficar na posse de seus bens (*bona possideri jubere, immissio in bona*), a tomar a coisa prometida (por exemplo, no interdito *utrubi*). Esta autorização, cuja eficácia estava garantida com a ameaça de uma pena, dá-se, em regra geral, sob a forma de proibição feita à parte contrária, de opor resistência ao ato de justiça privada, por meio de um interdito proibitório (*vim fieri veto, quominus, etc.*)²⁵⁸.

²⁵⁶ Scialoja define a aplicação da *sponsio*, afirmando que “Entre las partes a quienes se ha dirigido el mandato del magistrado, se estipula una *sponsio* por la cual una de las partes dice: ‘si has desobedecido a la orden del pretor, pagarás tanto?’. La otra parte promete. Estas *sponsiones* son obligatorias; y, naturalmente, se puede ya ir ante el juez, y él juzgará si se debe, o no, aquella suma. Pero para juzgar, tendrá que inquirir si se ha desobedecido, o no, el mandato del pretor; y, para comprobar esto, tendrá que ver si se dan las condiciones de aquel mandato condicionado. De un mandato condicionado, pues, se pasa a un juicio que tiene las formas del juicio ordinário” (SCIALOJA, op. cit., p. 313). “Entre as partes a quem se dirigiu o mandato do magistrado, estipula-se uma *sponsio* pela qual uma das partes diz: ‘se desobedeceres à ordem do pretor, pagarás tanto?’ A outra parte promete. Estas *sponsiones* são obrigatórias e, naturalmente, se pode já ir diante do juiz, e ele julgará se se deve, ou não, aquela soma. Mas para julgar, terá de inquirir se houve a desobediência, ou não, do mandato do pretor; e, para comprovar isso, terá que verificar se ocorrem as condições daquele mandato condicionado. De um mandato condicionado, pois, passa-se a um juízo que tem as formas de juízo ordinário” (tradução livre do autor).

²⁵⁷ DERNBURG, op. cit., p. 387. “Quem desobedecia incorria em pena, a qual tinha-se obrigado mediante *sponsiones*. Ele poderia ainda ser réu pela execução disso, que o pretor tinha dele exigido” (tradução livre do autor).

²⁵⁸ JHERING, op.cit., p. 125.

Diante de tudo isso, é possível dizer que os interditos representavam uma das formas de realização da jurisdição, ainda que a compreensão do Direito Romano tivesse uma orientação por apenas abranger a atividade do juiz privado. Houvesse plausibilidade na afirmação do demandante, era concedido o interdito, a ordem que proibia a resistência à realização da justiça. Scialoja, ao apontar o fim dos interditos no Direito Romano, traz a clara conformação do instituto:

Cuando desaparece todo el procedimiento formulario con sus complicadas distinciones y se aplica en cambio el procedimiento más sencillo de la *extraordinaria cognitio*, desaparece también el procedimiento de los interdictos, y no se comienza ya por un interdicto, sino directamente por una acción. El magistrado no comienza por dar una orden, para juzgar después sobre la base de esa propia orden suya, sino que interviene sin más para juzgar la relación que hubiera dado lugar a la emanación de un interdicto.²⁵⁹

Para a grande maioria dos romanistas, os interditos pretorianos não tinham a natureza jurisdicional. Quando proferidos, se acatados, representavam o fim da controvérsia. Em caso contrário, era indispensável a utilização do processo judicial, como afirma Francisci: “si el destinatario, por incertidumbre acerca de los presupuestos de que había partido el pretor, o por obstinación, o por convencimiento de estar en su derecho, no cumplía lo ordenado, la decisión de la cuestión debía buscarse en un proceso regular y normal”²⁶⁰.

Então concluem os seguidores dessa idéia que, ao conceder o interdito, o pretor não prestava jurisdição, limitando-se a ordenar, sem resolver efetivamente a controvérsia. É por isso que Scialoja afirma

Pero cuando ha mandado hacer algo o ha prohibido que se haga, no con eso queda la cuestión inmediatamente terminada; sino que se va ante el juez o ante los recuperadores y allí, hecha la *editio* de la fórmula según el procedimiento ordinario,

²⁵⁹ SCIALOJA, op.cit., p. 342. “Quando desaparece todo o procedimento formulário com suas complicadas distinções e aplica-se em substituição o procedimento mais simples da *extraordinaria cognitio*, desaparece também o procedimento dos interditos e não se começa já por um interdito, senão diretamente por uma ação. O magistrado não começa por dar uma ordem, para julgar depois sobre a base dessa sua própria ordem, mas intervém sem mais para julgar a relação que dera lugar à concessão de um interdito” (tradução livre do autor).

²⁶⁰ FRANCISCI, op. cit., p. 577. “se o destinatário, por incerteza sobre os pressupostos de que havia partido o pretor, ou por obstinação, ou por convencimento de estar em seu direito, não cumpria o ordenado, a decisão da questão devia buscar-se num processo regular e normal” (tradução livre do autor).

se investiga si se ha hecho algo contra el edicto o no se ha hecho lo que el pretor ordenó que se hiciera.²⁶¹

Nesse ponto é interessante recuperar a idéia trazida por Gandolfi que fundamenta o procedimento interdital a partir da legitimação da autodefesa, ou seja, a concessão do interdito representava para o autor um reconhecimento estatal da legitimidade da autodefesa, em que não havia a efetiva caracterização de um processo, no sentido de inexistência de seqüência de atos processuais. Assim, Gandolfi²⁶² coloca o procedimento interdital, ao menos no seu primitivo período – num ponto intermédio, entre a autodefesa privada e a jurisdição, o que também explicaria a natureza não jurisdicional que acabou sendo atribuída a tal procedimento.

A ausência de solução definitiva da questão, pela inexistência de exame detalhado das provas do caso concreto – o ato pretoriano era “hipotético” – também explica porque o Direito Romano não os incluía no conceito de jurisdição. Nesse ponto é indispensável lembrar que as decisões do pretor não dependiam da *certeza*. Os juízos de certeza eram próprios da *actio*, enquanto que o pretor proferia os seus interditos a partir de situações “em tese” ou, dizendo de outra maneira, a partir de juízos de verossimilhança.

É por isso que não é possível afirmar que a atividade pretoriana não envolvesse função cognitiva. Havia cognição nos interditos e, embora o reconhecimento de que a atribuição pelo exercício da jurisdição fosse dos juízes privados, o pretor decidia a partir da plausibilidade.

²⁶¹ SCIALOJA, op. cit., p. 322. “Porém quando mandou fazer algo ou proibiu que se faça, não fica com isso imediatamente terminada a questão; senão que se vá diante do juiz ou diante dos recuperadores e ali, feita a *editio* da fórmula segundo o procedimento ordinário, investiga-se se fez algo contra o edito ou se não fez o que o pretor ordenou que se fizesse” (tradução livre do autor).

²⁶² Nesse sentido, o autor afirma: “È unanimemente accettato che la fase primitive della più antica organizzazione statale conosce dapprima l’autodifesa privata e poi una sua regolamentazione da parte della collettività – controllo che si ritiene fosse solo formale – e successivamente il diretto intervento dello stato attraverso il processo di cognizione e di esecuzione. Negli interdetti da noi esaminati si attua appunto una primitiva forma di controllo nell’esercizio privato dei propri interessi, controllo che non è solo formale e che non costituisce semplicemente un processo, nel senso de successione di atti, ma è già un giudizio sostanziale sulla legittimità dell’autodifesa e l’emanazione di un divieto di astensione da turbative, indirizzato al convenuto” (GANDOLFI, op. cit., p. 124). “È unanimemente aceito que a fase primitiva da mais antiga organização estatal conhece primeiramente a autodefesa privada e pois uma regulamentação de parte da coletividade – controle que se acredita fosse apenas formal – e posteriormente a direta intervenção do estado através do processo de cognição e de execução. Nos interditos por nós examinados atua-se observando uma primitiva forma de controle no exercício privado dos próprios interesses, controle que não é apenas formal e que não constitui simplesmente um processo, no sentido de sucessão de atos, mas é já um juízo substancial sobre a legitimidade da autodefesa e a emanação de um dever de abstenção da turbação, dirigido ao réu” (tradução livre do autor).

O procedimento interdital, marcado pela característica mandamental, era uma função também cognitiva, como reconhece Alvaro D’Ors:

Una *cognitio* hay ya en la actividad jurisdiccional del magistrado. En el procedimiento “ordinario” (del *ordo iudiciorum privatorum*), esa actividad se manifiesta en la fase *in iure*, al constituir el litigio, y luego, para ejecutar la sentencia; también al decretar algunos expedientes complementarios; pero no se extiende a todo el proceso, pues el Pretor deja el juicio a los jueces.²⁶³

Ainda por essa mesma ótica, o pretor exercia uma atividade que embora excluída do conceito romano de jurisdição, era cognitiva e de cunho mandamental. Essa atuação do pretor convivia com a *actio* demonstrando a insuficiência da condenação que não se apresentava isolada no atendimento das pretensões postas em juízo.

Não se pode, todavia, afirmar que essa convivência da jurisdição com a atividade de império fosse desprovida de vicissitudes. Particularmente no período das *legis actiones*, Jhering reconhece que a atividade do Pretor era, por vezes, obstaculizada pela jurisdição privada. Assim, afirma que

O sistema da *legis actiones*, que permitia, por um lado, o livre desenvolvimento do direito, paralisava, no entanto, por outro e em certos pontos, de maneira absoluta, os esforços da jurisprudência e do Pretor, aos que opunha um abismo insuperável. Ninguém podia impedir o curso duma ação legalmente estabelecida, nem o seu resultado, no caso especial de que se tratava, ainda que tivesse diretamente que se opor à intenção real da lei, ainda que violentamente se sujeitasse o sentido jurídico natural; mas, também, nem mesmo nos casos mais urgentes e legítimos, podia exercer-se uma ação que a lei não tivesse previsto²⁶⁴.

O sistema das *legis actiones*, marcado pelo rigor procedimental, acabou sendo superado pelas fórmulas, produto da atividade pretoriana. É curioso observar, todavia, que no primitivo período encontravam-se ações que realizavam função executiva. Já no período formulário, em que se tornou mais ampla e liberada a função do pretor, as ações não mais atendiam à função executiva que foi transferida em seu todo para o pretor. É por isso que

²⁶³ D’ORS, op.cit., p. 77. “Uma *cognitio* já existe na atividade jurisdiccional do magistrado. No procedimento ‘ordinário’ (do *ordo iudiciorum privatorum*), essa atividade manifesta-se na fase *in iure*, ao constituir o litígio, e logo, para executar a sentença; também ao decretar alguns expedientes complementares; mas não se estende a todo o processo, pois o Pretor deixa o juízo aos juizes” (tradução livre do autor).

²⁶⁴ JHERING, op. cit., p. 237.

Ovídio Baptista da Silva afirma que o conceito de *iurisdictio* talvez fosse mais amplo no Direito Romano primitivo, dizendo que “a partir de um determinado momento de evolução do instituto, especialmente no período clássico, o campo da *iurisdictio* compreendia exclusivamente a função de *declaração do direito*, excluídas, portanto, dela todas as demais atribuições desempenhadas pelo pretor [...]”²⁶⁵.

O final dos interditos aconteceu a partir da ampliação das fórmulas. Inicialmente, deixou-se de utilizar a *restipulatio* por parte do autor e, posteriormente, também a possibilidade de que o demandado evitasse o *sponsio*. Enfim, afirma Bonfante, “cuando se suprimió – cayó en desuso – la distinción entre *ius y iudicium*, desapareció por completo toda diferencia de procedimiento entre interdictos y acciones”²⁶⁶.

O procedimento interdital romano, pois, existiu enquanto se manteve essa clássica divisão do Direito Romano. A partir do período da *extraordinaria cognitio*, no qual desapareceu o tradicional *ordo iudiciorum privatorum* e suas duas características fases, o processo passou a desenvolver-se numa única fase, o que decorreu da ampliação do poder imperial e do Direito Público. Sobre isso, Giuseppe Gandolfi, analisando a ação possessória no Direito Romano, afirma:

Per tutta l'età classica la contrapposizione fra *actio* e *interdictum* è netta. Nell'età postclassica, quando il processo è interamente affidato alla cognizione del magistrato o del funzionario che decide egli stesso la controversia (*extraordinaria cognitio*), l'*interdictum* è assorbito nel concetto generale di azione.²⁶⁷

Desse momento em diante, a sentença deixa de representar-se apenas por uma condenação pecuniária, como refere Juan Iglesias, “la sentencia no versa necesariamente sobre una condena pecuniaria, pudiendo darse acogida a las pretensiones del actor”²⁶⁸.

²⁶⁵ BAPTISTA DA SILVA, op.cit., 1997. p. 26.

²⁶⁶ BONFANTE, op. cit., p. 136. “Quando se suprimiu – caiu em desuso – a distinção entre *ius* e *iudicium*, desapareceu por completo toda a diferença de procedimento entre interditos e ações” (tradução livre do autor).

²⁶⁷ GANDOLFI, Giuseppe. Azione Possessória (Diritto Romano). In: **Novissimo Digesto Italiano**. 3. ed. Torino: Torinese, 1957. Vol. II. p. 93. “Por toda a idade clássica a contraposição entre *actio* e *interdictum* é límpida. Na idade pós-clássica, quando o processo é inteiramente confiado à cognição do magistrado ou do funcionário que decide ele mesmo a controvérsia (*extraordinaria cognitio*), o *interdictum* é absorvido no conceito geral de ação” (tradução livre do autor).

²⁶⁸ IGLESIAS, op. cit., p. 202. “a sentença não versa necesariamente sobre uma condenação pecuniária, podendo dar-se acolhida às pretensões do autor” (tradução livre do autor).

O procedimento interdital romano que alcançara seu ápice exatamente no período em que a condenação restou reduzida à expressão de valor perde a partir de então a sua importância.

Enfim, essas ordens condicionais e hipotéticas que parecem ser o adjetivo que melhor qualifica os interditos prestaram valioso contributo na realização das pretensões, especialmente no período formativo do Direito Romano. Sua existência, concomitantemente à atuação do juiz privado, conferiu forma peculiar ao procedimento civil e, ainda que não reconhecidos por todos os romanistas como inseridos no conceito romano de jurisdição, é inegável sua participação na missão de realização da justiça.

3.3 A SEPARAÇÃO ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO: UMA MARCA DO DIREITO ROMANO

Percebidas as fases do processo civil romano e a afirmação da *condemnatio* como uma expressão privada da jurisdição e, também, a atividade interdital do pretor, a conseqüente separação entre cognição e execução, que a história encarregou-se de potencializar, encontra sua plena justificativa também na idéia romana de que a missão do Estado não era a realização da justiça, mas unicamente a garantia da boa convivência entre os indivíduos.

Assim, no período de seu maior desenvolvimento, a característica marcante do processo civil romano foi a separação das funções de jurisdição e de império que eram exercidas respectivamente pelo juiz privado e pelo pretor. Essa separação, todavia, não pode ser considerada sem que se compreenda que o conceito romano de jurisdição era diferente daquele presente na contemporaneidade.

A sobreposição dos dois sistemas que tinham conformações e estruturas diversas produziu um resultado diverso no próprio sentimento jurídico, informado ora por uma orientação privada, ora por um enfoque publicístico.

Além disso, a redução da certeza à atividade privada também tinha um destaque naquele ordenamento. Ao proferir os interditos, o pretor exercitava uma atividade de cognição sumária, um ato de vontade fundado na probabilidade. Bem diversa da atuação do juiz privado que acabou por informar a estrutura das ações do sistema processual contemporâneo.

A evolução das relações contemporâneas não sustenta mais a concepção privada da jurisdição, sendo necessário trazer o influxo publicista dos interditos, que permita também a superação dos paradigmas que informam a ciência processual, especialmente aquele que conduz à idéia de jurisdição apenas declarativa e, também, justifique a incessante busca da certeza jurídica.

Um dos grandes legados do Direito Romano ao processo contemporâneo foi a sua organização e estrutura metodológicas que, todavia, uma vez recepcionadas, sofreram a influência do Racionalismo. Assim, os institutos herdados vieram estigmatizados, o que torna difícil ao processualista da modernidade compreender, por exemplo, a sobreposição das atividades e sua importância na realização das pretensões formuladas em juízo.

Nessa idéia, a partir da recepção, o Direito Romano também passou a ser compreendido com a influência do pensamento cristão, já que à Igreja Católica interessava a afirmação de um direito racional para o cuidado das questões laicas, enquanto se exaltava a natureza divinal do Direito Canônico.

Esses elementos todos que vieram ao sistema processual contemporâneo pela tradição têm decisivo papel na compreensão moderna de jurisdição e na estruturação das ações, justificando-se sua análise a partir da distinção que o processo romano mantinha entre *iurisdictio* e *imperium*.

3.3.1 *Iurisdictio* e *Imperium*: a Convivência com os Interditos

Como primeira consideração para o exame do sistema processual romano, é necessário observar que se tratava de um sistema que admitia a superposição de diferentes sistemas que gozavam de igual vigor, coexistindo harmonicamente. Essa circunstância é decisiva quando se

trata de alcançar a essência do sistema processual romano, como refere Arangio-Ruiz²⁶⁹, que recomenda a renúncia à unidade conceitual que informa o espírito contemporâneo. É por isso que o autor desenvolve a feliz comparação: “El hombre de ciencia habituado a la contemplación del derecho moderno, se encuentra, al fijar su atención en el derecho romano, en la misma condición de quien en el estudio geométrico pase de la geometría plana a la sólida o de los espacios a tres dimensiones a los de cuatro o más”²⁷⁰.

Essa superposição de diferentes sistemas, denunciada por Arangio-Ruiz, tem íntima relação com a coexistência da função jurisdicional e aquela desempenhada pelos pretores que cuidavam, respectivamente, da *actio* e dos *interdicta*, tornando assim a concepção de jurisdição restrita à função de *declaração de direitos*. O procedimento interdital romano não estava incluído no conceito de jurisdição porque, como destaca Ovídio Baptista da Silva, “ordenar não era faculdade ou poder que se incluisse no conceito de *iurisdictio*. Esta era a razão que impedia a inclusão dos interditos do conceito de jurisdição: a emanção dos interditos representava um *ato de vontade* do pretor, mais do que o *ato de inteligência* que pudesse corresponder a uma declaração de existência do direito”²⁷¹. Ao conceder o interdito, o pretor agia discricionariamente, a partir da probabilidade que vislumbrasse, diante do fato apresentado pelo autor.

Embora inicialmente estivesse dissociada do conceito de jurisdição, a compreensão da função do pretor foi, gradativamente, sendo modificada no Direito Romano,

²⁶⁹ Arangio-Ruiz, depois de reconhecer o direito romano como suscetível à evolução natural, afirma que esse direito poderia “experimentar limitaciones más o menos importantes en su aplicación práctica, ora en virtud de reglas aceptadas por todo el pueblo en sus asambleas, ora por la actividad de otros órganos del Estado; pero que no podía ser jamás renegado. Por ello, cuando deseamos representarnos el sistema de las relaciones jurídicas entre los hombres en cualquiera de los momentos de la evolución histórica de Roma, deberemos renunciar previamente a aquella unidad conceptual que es una de las exigencias esenciales de nuestro espíritu y representarnos, en cambio, la superposición de distintos sistemas, de formación y estructura diversas, cada uno de los cuales gozó de igual vigor, aun cuando cada uno de ellos tuviese también su propia eficacia, dentro de los confines señalados por el sentimiento jurídico” (ARANGIO-RUIZ, op. cit, p. 13). “experimentar limitações mais ou menos importantes em sua aplicação prática, ora em virtude de regras aceitas por todo o povo nas suas assembléias, ora pela atividade de outros órgãos do Estado, mas que não poderia jamais ser renegado. Por isso, quando desejamos representar o sistema das relações jurídicas entre os homens em quaisquer dos momentos da evolução histórica de Roma, deveremos renunciar previamente àquela unidade conceitual que é uma das exigências essenciais de nosso espírito e representarmos, em substituição, a superposição de distintos sistemas, de formação e estrutura diversas, cada um dos quais gozando de igual vigor, ainda quando cada um deles tenha também sua própria eficácia, dentro dos limites assinalados pelo sentimento jurídico” (tradução livre do autor).

²⁷⁰ Idem, p. 14. “O homem da ciência habituado à contemplação do direito moderno encontra-se, ao fixar sua atenção no direito romano, na mesma condição de quem no estudo geométrico passe da geometria plana à sólida ou dos espaços de três dimensões aos de quatro ou mais” (tradução livre do autor).

²⁷¹ BAPTISTA DA SILVA, op.cit., 1997, p. 26.

independentemente de sua efetiva natureza discricional. Nesse sentido e percebendo essa concepção, Arangio-Ruiz afirma:

El nombre de *iurisdictio* que tal vez, en un comienzo, sólo expresaba el ejercicio del *imperium* en cuanto a la administración de justicia, se fué restringiendo con el tiempo cada vez más, hasta llegar a indicar, solamente, aquellas funciones tuteladoras de los derechos de los particulares que se hallaban rígidamente determinadas por la costumbre o por la ley, mientras se prefería hablar de *imperium*, en cuantos casos el poder del magistrado seguía siendo ampliamente discrecional.²⁷²

Depois de afirmar que, no Direito Romano, o ofício do juiz apenas destinava-se a demonstrar às partes o Direito, nos casos duvidosos, Jhering também delimita a jurisdição, prestada pelo juiz privado, reconhecendo que a sentença do juiz não produzia nenhum efeito que as partes não pudessem obter por outro caminho²⁷³. A atividade jurisdicional, assim considerada, não representava a única forma de atendimento das pretensões, e esse outro caminho, referido pelo romanista, representava a realização das pretensões através de uma forma entendida por muitos romanistas como *não jurisdicional*, que era através dos interditos do pretor.

Embora muitos autores não os incluam no conceito de jurisdição, os interditos efetivamente prestavam-se à realização das pretensões que se apresentavam. E os motivos pelos quais não foram incluídos no conceito romano de jurisdição são habilmente sintetizados por Ovídio Baptista da Silva:

As razões pelas quais se excluem os interditos do conceito de jurisdição, portanto, são estas: (a) o “comando” imposto pelo pretor era “condicionado”, quer dizer, o magistrado ordenava com base num direito *non ancora accertato*, o que significa afirmar que não teria havido, ainda, “composição” (definitiva) do conflito; (b) o interdito estabelecia um vínculo *di natura pubblicistica*, ao passo que o ordenamento jurídico privado somente poderia reproduzir um reconhecimento (declaração) de direitos, nunca uma *ordem*, declaração esta relativa sempre a uma relação de direito privado.²⁷⁴

²⁷² ARANGIO-RUIZ, op.cit., p. 39. “O nome de *iurisdictio* que talvez, no início, apenas expressava o exercício do *imperium* enquanto administração da justiça, foi-se restringindo cada vez mais com o tempo, até chegar a indicar, somente, aquelas funções tuteladoras dos direitos dos particulares que se encontravam rigidamente determinados pelo costume ou pela lei, enquanto se preferia falar de *imperium*, nos tantos casos em que o poder do magistrado seguia sendo amplamente discricional” (tradução livre do autor).

²⁷³ Ou, como refere o autor, “o motivo geral da ação do juiz não estava no caráter público de seu ofício, mas na vontade das partes” (JHERING, op.cit., p. 131).

²⁷⁴ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 1997, p. 27.

É interessante observar que o perspicaz processualista aponta esses dois motivos para exclusão dos interditos da esfera de compreensão da jurisdição: a inexistência de *judgamento* e o caráter de ordem contido nos interditos, em oposição à natureza declarativa de direitos, própria do ordenamento privado.

Percebe-se aí a concepção de jurisdição declarativa, conceito que se formou gradativamente e, enfim, vicejou no período áureo do Direito Romano e que estendeu seus resultados até alcançar o sistema processual contemporâneo.

Era explicável a separação da atividade jurisdicional daquela de império, também a partir da recuperação dos fundamentos da função do Estado, em oposição à luta privada. Ao Estado apenas importava evitar ou resolver o conflito e evitar o ataque direto de uns aos outros. A realização da justiça foi transferida para o juiz privado e tinha, então, caráter declarativo. Essa constatação também pode ser percebida a partir da própria atividade realizada pelo pretor que prescindia de maior investigação, porque os interditos dependiam, inclusive, da verificação detalhada dos fatos apontados pelo autor. Eram, por esse prisma, comandos hipotéticos que se aperfeiçoariam, se comprovados os fatos descritos pelo autor.

A natureza interdital, então, tinha como uma das características a provisoriedade e, também, a razoabilidade, já que o pretor não estava jungido à investigação detalhada da situação apresentada. Não convivia com os interditos, certamente, o paradigma processual da certeza.

Enfim, e embora represente aspecto não decisivo ao exame que se propõe, a jurisdição romana também difere da concepção moderna de jurisdição porque os romanos admitiam a delegação do poder jurisdicional, exceto em casos de existência de leis particulares que impedissem expressamente essa delegação.

3.3.2 A Conseqüente Dicotomia entre as Atividades Cognitiva e Executiva

A clássica divisão entre a função jurisdicional e a função de império, fundamento da concepção de que a jurisdição tivesse apenas o propósito declarativo, conduziu, então, à separação das atividades de cognição e execução. Porém, embora o reconhecimento de que a

jurisdição fosse apenas declarativa, os interditos é que efetivamente realizavam as pretensões do autor, especialmente a partir do período formulário. Essa constatação ultrapassa quaisquer classificações que se pudessem conferir a tais procedimentos, não se revelando decisiva a natureza que lhes deu o Direito Romano: por trás da concepção de que não se tratava de atividade jurisdicional, os interditos representaram um papel decisivo na realização das pretensões no processo civil romano.

A separação entre a atividade cognitiva e a atividade executiva – como se fossem duas expressões de jurisdição diversas – é reconhecida por Ovídio Baptista da Silva que a justifica entendendo-a “muito próxima do esquema jurídico romano, no qual era nítida a distinção entre a estrutura do direito obrigacional, que tinha expressão no procedimento da *actio*, em que a execução era impossível, e as formas peculiares ao direito real, nas quais o elemento coercitivo, imperativo, era transparente”²⁷⁵.

Savigny também reconhece essa separação da atividade de conhecimento daquela de execução, atribuindo-a ao procedimento do *ordo iudiciorum privatorum*:

Secondo l’antica costituzione giudiziaria tutta la procedura si fondava sull’*ordo iudiciorum*, la cui essenza stava in ciò, che il magistrato giusdicente, in Roma i pretori, curava solamente l’introduzione della causa, ma rimetteva l’ulteriore procedimento ad una o più persone private, e dava a queste un’istruzione (*formula*), in base alla quale, e secondo l’esito degli atti e delle prove, doveva essere pronunciata la sentenza; la denominazione più generale di quest’incaricato di pronunciare la sentenza era *iude* [...] ²⁷⁶

Na mesma linha, Alfredo Buzaid também reconhece a separação do processo em duas fases distintas, situando o momento de encerramento da primeira fase que se realizava com a *litiscontestatio*. A função executiva apenas acontecia perante o magistrado através do procedimento interdital. Ao processo civil restava apenas o objeto de julgamento da lide:

O objeto do processo civil romano é o julgamento da lide. No sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, que abrange assim as *legis actiones*, como o direito de formular, o processo de declaração se divide em duas fases distintas: a primeira *in*

²⁷⁵ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2001a, p. 12.

²⁷⁶ SAVIGNY, op.cit., p. 74. “Segundo a antiga constituição judiciária todo o processo fundava-se no *ordo iudiciorum*, no qual a essência estava nisso, que o magistrado judicante, em Roma os pretores, cuidava apenas da introdução da causa, remetendo o procedimento ulterior a uma ou mais pessoas privadas, e dava a estas uma instrução (*formula*), à base da qual, e segundo o êxito dos atos e das provas, deveria ser pronunciada a sentença; a denominação mais geral deste encarregado de pronunciar a sentença era *iudex* [...]” (tradução livre do autor).

iure, que se desenvolve perante o magistrado, destinada a propor a lide. A segunda, *apud iudicem*, destinada a decidi-la. A primeira se encerra com a *litiscontestatio*; a segunda com a sentença proferida pelo *iudex*, que era cidadão privado.²⁷⁷

Tanto no seu período primitivo quanto em grande parte do período clássico, o Direito Romano manteve a separação do processo em duas fases, como reconhece Francisci²⁷⁸, que atribui o fato ao espírito que dominava o antigo Processo Privado Romano.

Galeno Lacerda vai mais longe, assegurando que a divisão do processo romano em duas fases remonta a um passado mais longínquo, entendendo-o como um costume ou das tribos indo-européias ou dos povos pré-indo-europeus. Conclui, pois, que “as instituições do pretor e do árbitro já provinham de um passado longínquo quando Roma nasceu. Nada autoriza dar-lhes foro de cidadania romana e muito menos origem política própria de peculiaridades locais”²⁷⁹.

Vale destacar, ainda, que a reduzida função executiva, que estava presente em algumas ações do período das *legis actiones* foi totalmente abolida no período seguinte, o das fórmulas, ampliando-se a atividade pretoriana. O pretor exercia o controle da ação, mas não efetiva jurisdição, como reconhecido por Francisci:

El magistrado, el *praetor*, que interviene entre las partes tiene la misión de dirigir las en la formulación de la demanda y de la defensa, y de investir después al juez, elegido por las partes o propuesto por él, con la facultad de dictar la sentencia. Cerrada con la *litis contestatio* la fase *in iure*, el magistrado sólo ejerce una pura acción de vigilancia en la segunda fase, que se desarrolla *apud iudicem*.²⁸⁰

Porém, pouco a pouco o Estado foi tornando mais ativa e essencial sua participação na função judicial – e isso ainda ocorreu nos últimos tempos do Direito Romano – até que o Estado acabou por assumir totalmente a função jurisdicional. E, embora o próprio Direito

²⁷⁷ BUZAID, Alfredo. **Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 18.

²⁷⁸ FRANCISCI, op.cit., p. 184.

²⁷⁹ LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 19.

²⁸⁰ FRANCISCI, op.cit., p. 185. “O magistrado, o pretor, que intervém entre as partes tem a missão de dirigi-las na formulação da petição inicial e da defesa, e de investir depois ao juiz, eleito pelas partes ou proposto por ele, com a facultade de proferir a sentença. Encerrada com a *litis contestatio* a fase *in iure*, o magistrado somente exerce uma pura ação de vigilância na segunda fase, que se desenvolve *apud iudicem*” (tradução livre do autor).

Romano já tivesse compreendido como estatal a função jurisdicional, o mito de que a jurisdição era apenas declarativa manteve-se até os dias atuais.

De qualquer maneira, mesmo que de origem anterior ao próprio Direito Romano, a divisão do processo romano é justificada, nas palavras de Jhering, pela “necessidade de fixar a atenção do juiz num ponto único, que foi o que deu nascimento ao sistema romano das ações”²⁸¹.

Essa separação também encontraria justificativa na própria concepção da jurisdição como atividade secundária do Estado. Somente nos casos em que os litigantes não se compuseram de forma primária é que interessa ao Estado a atuação jurisdicional. Francisci, a tal propósito, reconhece:

Y aunque no sea posible fijar con precisión su origen es fácil captar su esencia. El Estado sólo se preocupa de impedir o limitar el ejercicio de la venganza privada, y no toma para sí la misión de hacer justicia, cosa que confía a un árbitro, después de haber eliminado el período de la lucha individual.²⁸²

Ainda, estaria justificada essa separação pelo caráter analítico que dominou as ações dos romanos. Para cada pretensão uma ação distinta e independente da outra, ainda que fundadas no mesmo fato. Jhering afirma, acerca disso, que “Para o direito antigo, a *actio mixta* constitui uma deformidade, uma falta contra os princípios elementares de sua técnica”²⁸³. Some-se a isso, também, a ampliação do espectro das ações, realizada a partir do período formulário, no qual as ações não restaram jungidas às cinco espécies da *legis actiones*, mas tiveram amplo desenvolvimento, a partir das fórmulas do magistrado.

Por muito tempo sustentou-se a naturalidade da separação das atividades cognitiva e executiva da jurisdição, exatamente com fundamento na idéia de função declarativa da jurisdição, numa leitura dogmática que carrega consigo, certamente, componentes ideológicos que fazem do processo um sistema que serve à manutenção da estrutura.

²⁸¹ JHERING, op. cit., p. 17.

²⁸² FRANCISCI, op. cit., p. 184. “E ainda que não seja possível fixar com precisão sua origem, é fácil captar sua essência. O Estado somente se preocupa em impedir ou limitar o exercício da vingança privada, e não toma para si a missão de fazer justiça, coisa que confia a um árbitro, depois de haver eliminado o período da luta individual” (tradução livre do autor).

²⁸³ JHERING, op. cit., p. 21.

Veja-se que Carnelutti justificou a necessidade de existência dos dois processos, de cognição e de execução, na diversidade de lides, aduzindo que em algumas delas apenas se verifica a discussão (função declarativa da jurisdição), em outras, por verificada também a lesão, existe o interesse na função executiva, além da declarativa e, ainda, em outras em que há apenas o interesse na função executiva. Assim, afirma “Hay litis en las que la pretensión se contradice tanto mediante la discusión (de la tutela) como mediante la lesión (del interés); hay otras en las que se da o la simple discusión o la simple lesión”²⁸⁴.

O que se objeta, todavia, é que a complexidade das relações modernas conduziu a uma ampliação do espectro do direito obrigacional – o que se iniciou ainda com a aceitação da lei como fonte de obrigações – fazendo com que grande parte das demandas que atualmente chegam ao Judiciário tenha o propósito de reparação da “lesão”, como citado por Carnelutti. E quem propõe ação judicial, quando há a lesão, quer efetivamente a sua reparação e não apenas a declaração judicial do dever de indenizar. É esse aspecto que é preciso perceber, pena de comprometer-se a efetividade do processo.

Ainda é preciso considerar que no Direito Romano, especialmente no período das fórmulas, a *condemnatio* poderia ser utilizada para atender a diferentes pretensões, o que decorria da própria concepção processual vigente. Liebman, a tal propósito, refere que “a nota saliente do processo romano clássico é o seu caráter privado”²⁸⁵, reconhecendo, logo a seguir, que no sistema de composição das lides entre os cidadãos, o Estado funcionava no início como um árbitro, o que perdurou durante todo o período formulário.

A condenação era sempre pecuniária, não considerando o *iudex* outra forma de atendimento da pretensão do autor. Apenas a atividade do pretor é que continha a feição mandamental e executiva. E o Direito moderno aceitou os institutos do Direito Romano, por exemplo, sem considerar as circunstâncias em que se inseriam e, nem mesmo, sem perceber o momento em que existiram. A partir daí, a visão dogmática e exegética encarrega-se da sustentação desses institutos, sem considerar o contexto histórico que os formou e sustentou.

²⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. Vol. I. p. 69. “Há lides nas quais a pretensão se expressa tanto mediante a discussão (da tutela) como mediante a lesão (do interesse); há outras em que se dá ou a simples discussão ou a simples lesão” (tradução livre do autor).

²⁸⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Embargos do Executado**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 20.

3.3.3 Morte e Renascimento do Direito Romano, Precursor do Processo Moderno

Enfim, é necessário compreender o fenômeno da recepção do Direito Romano no Ocidente, que terminou por legar ao processo contemporâneo o sistema de ações, depois de incorporar a marca do Racionalismo.

A partir do fim do procedimento formulário, unificaram-se as funções de jurisdição e de império. Esse fenômeno iniciou-se a partir de Diocleciano, para quem a “justicia sólo pudo ser administrada ya en nombre del Emperador y por los funcionarios dependientes de él, con exclusión de los magistrados de la época anterior”²⁸⁶. Embora o imperador não tenha avocado a si a jurisdição, considera-a atribuição dos altos funcionários do Estado, o que conduz ao desaparecimento da jurisdição do pretor e, também, do costume de promulgação dos editos.

A partir de decisão dos imperadores Constancio e Constante, foi proibido o uso das fórmulas, o que conduziu ao fim do *ordo iudiciorum privatorum*. No entanto, embora tal alteração processual tenha militado contra uma das características do Direito Romano Clássico que era exatamente a conexão entre o direito material e o remédio processual criado para torná-la efetiva²⁸⁷, esse direito (também produto da atividade pretoriana) já havia sido resgatado nas obras dos jurisconsultos e que, ao final, foi utilizado na composição do *Corpus iuris* de Justiniano²⁸⁸ que representou a compilação do Direito vigente.

Essa compilação teve o mérito, também, de dar a esse conjunto de leis, editos e jurisprudência a característica de validade do Direito. É por isso que Bobbio reconhece que o

²⁸⁶ ARANGIO-RUIZ, op.cit., p. 389. “justiça somente pôde ser administrada já em nome do Imperador e pelos funcionários dependentes dele, com exclusão dos magistrados da época anterior” (tradução livre do autor).

²⁸⁷ É de Arangio-Ruiz o reconhecimento desse aspecto: “La conexión íntima e inseparable entre la norma de derecho material y el remedio procesal creado para hacerla efectiva, tal como se presentaba en el Edicto del pretor, era una peculiaridad del derecho romano clásico” (Idem, p. 390). “A conexão íntima e inseparável entre a norma de direito material e o recurso processual criado para torná-la efetiva, tal como se apresentava no Edito do pretor, era uma peculiaridade do direito romano clássico” (tradução livre do autor).

²⁸⁸ Alvaro D’Ors afirma que “el renacimiento classicista del derecho romano fue asegurado gracias a la política legislativa del emperador bizantino Justiniano (527-565). Este ordenó hacer una edición oficial, no sólo de las *leges imperiales*, como ya había hecho Teodosio II, sino del *ius*. Su obra había de substituir los libros utilizados en los distintos cursos de derecho y servir al mismo tiempo como libro de jueces. Por ello, no sólo debían seleccionarse bien los textos, sino depurarse, para que no hubiera em ellos nada contradictorio ni anticuado” (D’ORS, op. cit., p. 50). “O renascimento classicista do direito romano foi garantido graças à política legislativa do imperador bizantino Justiniano (527-565). Este ordenou que se fizesse uma edição oficial, não apenas das *leges imperiales*, com já havia feito Teodosio II, senão do *ius*. Sua obra haveria de substituir os livros utilizados nos diferentes cursos de direito e servir ao mesmo tempo como livro dos juizes. Por isso, não apenas deveriam selecionar-se bem os textos, senão depurá-los, para que não houvesse neles nada contraditório nem antiquado” (tradução livre do autor).

Direito Romano era tipicamente de formação social, e que, quando essas normas foram reunidas, por iniciativa de Justiniano, no *Corpus juris civilis*, “perderam seu caráter de direito de origem social para assumir aquele de direito que encontra o fundamento de sua validade na vontade do príncipe”²⁸⁹.

A partir do fim do império o Direito Romano restou esquecido até o século XI, quando se inicia o fenômeno da recepção do Direito Romano no Ocidente, fenômeno ao qual Wieacker²⁹⁰ credita a responsabilidade pelo nascimento do Direito Privado moderno.

Referindo-se a esse renascimento do Direito Romano, Paul Ourliac principia observando que “las leyes romanas habían conservado un prestigio que se debía al recuerdo del Imperio. Esto no impedía que fueran casi totalmente ignoradas”²⁹¹. No entanto, a partir da segunda metade do século XI, produziu-se o renascimento do Direito Romano no Ocidente, porém de uma forma não tão rápida, já que teve de enfrentar as resistências especialmente fundadas no desejo de manutenção dos direitos consuetudinários e locais.

O fenômeno da recepção do Direito Romano iniciou, então, com a aceitação das formas que se afirmaram independentemente da aceitação dos institutos e da própria lógica e estrutura romanista. Essa formatação da recepção é reconhecida por Paul Ourliac²⁹² que, inclusive, reconhece que o fenômeno, em seu início, foi desordenado e não sistematizado, apenas sendo efetivamente compreendido num momento posterior.

²⁸⁹ BOBBIO, op.cit., p. 30.

²⁹⁰ Wieacker sinala a redescoberta do *Corpus Iuris Justinianeu* como o marco da ciência jurídica moderna: “Uma ciência jurídica européia surgiu, quando, pelos inícios da alta Idade Média, as formas de comentário e de ensino do *trivium*, herdadas da antiguidade, foram aplicadas ao estudo do *Corpus Iuris* justinianeu” (WIEACKER, op. cit., p. 11).

²⁹¹ OURLIAC, Paul. **Historia del Derecho**. Traducción de Arturo Fernández Aguirre. Puebla: Jose M. Cajica, 1952. p. 220. “as leis romanas haviam conservado um prestígio que se devia à recordação do Império. Isso não impediu que fossem quase totalmente ignoradas” (tradução livre do autor).

²⁹² Afirma Ourliac que “La romanización de las formas era un hecho consumado a principios del siglo XIV. Em un principio no se tradujo más que en palabras y en fórmulas y no modificó el fondo del Derecho. Era un amontonamiento de conocimientos mal digeridos; un cúmulo informe de detalles inútiles que los prácticos, por coquetería, multiplicaban gustosamente. Posteriormente, la lección, al comienzo mal sabida, fué insensiblemente mejor comprendida” (Idem, p. 229). “A romanização das formas era um fato consumado no início do século XIV. No princípio não se traduziu mais que em palavras e em fórmulas e não se modificou o fundamento do Direito. Era um amontoado de conhecimentos mal digeridos, uma acumulação disforme de detalhes inúteis que os práticos, para esnobar, multiplicavam facilmente. Posteriormente, a lição, no começo mal aprendida, foi imperceptivelmente melhor compreendida” (tradução livre do autor).

No entanto, mesmo num ambiente hostil e adverso, o Direito Romano não deixou de progredir e afirmar-se nos três séculos seguintes, incorporando-se então, além das formas, também o espírito, a essência do Direito Romano. A propósito, Wieacker situa cronologicamente a herança romana para o mundo ocidental, na época medieval, quando afirma:

Primeiramente, foram recebidos os elementos materiais e técnicos do direito vulgar. A transição para o séc. XII assiste ao encontro, sempre aberto e provisório, com a grande jurisprudência romana na versão do classicismo justinianeu, encontro acompanhado pela recepção da teoria jurídica e política de Aristóteles que produziu, na *Suma* de S. Tomás, o primeiro sistema europeu de direito natural. Só com o humanismo se iniciam as tentativas de arrancar ao *Corpus Iuris* justinianeu o autêntico direito romano clássico, tentativas que, mais tarde, a Escola Histórica de novo retomou e que a moderna romanística concluiu de forma metódica.²⁹³

Depois de reconhecer que o império romano legou ao Ocidente a burocracia e a organização administrativa e financeira, Wieacker destaca a forma de recepção²⁹⁴ prática e ressalta a acolhida inicial do componente metodológico ou formal, para somente ao final dar-se a completa recepção:

Dos dois ensinamentos de Roma, o mais profundo e mais especioso – a forma espiritual do direito – só na alta Idade Média veio a ser completamente assimilado; nos primeiros tempos, o que se destacou foi sobretudo o da eficácia do direito como técnica do exercício do poder. Era no direito imperial que estavam baseadas a constituição, a administração e a organização financeira e a economia da monarquia bizantina, mas também as do direito vulgar; esta massa jurídica estava impregnada pelos resíduos dispersos do direito jurisprudencial dos juristas clássicos, sobretudo na forma dos humildes sucedâneos do ensino jurídico elementar pós-clássico. A outra forma de manifestação do direito romano era representada, sobretudo, pelo direito jurisprudencial clássico, que apenas se conservava (juntamente com os rescritos imperiais mais antigos até a Diocleciano, cuidados do ponto de vista técnico-jurídico) na legislação classicista *Corpus Iuris* do império oriental. O facto de o ocidente ter estado, durante meio milênio, quase exclusivamente familiarizado com o direito imperial tardio do império do ocidente e com o direito romano vulgar, antes de ter deparado, no *Corpus Iuris* com o verdadeiro espírito da jurisprudência clássica constitui um dos dados mais importantes da história jurídica europeia: só esta pausa possibilitou a entrada decisiva em cena dos juristas especializados no mundo moderno.²⁹⁵

²⁹³ WIEACKER, op. cit., p. 24.

²⁹⁴ Diz o autor que “a recepção prática do direito romano – entendida em sentido próprio – dos finais da Idade Média tinha, pelo contrário, como objecto o edificio doutrinal e o método da ciência jurídica formada desde o séc. XII em Bolonha e, um pouco mais tarde, também noutras universidades italianas e francesas. Ela era uma recepção do direito romano (justinianeu) na medida em que aquela ciência proviera da descoberta do *Corpus Iuris*; mas ela apenas o admitiu nos limites e com a interpretação que esta ciência lhe tinha dado: *quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit cùria*. Isto significa também, evidentemente, uma aplicação das normas do direito privado romano na versão clássica-classicista do código justinianeu. Neste sentido, mas apenas neste sentido, se pode falar de uma adopção do direito romano” (Idem, p. 135).

²⁹⁵ Idem, p. 16.

Como se pode perceber, para Wieacker a superioridade do Direito Romano sobre a cultura européia não se fundou tanto na qualidade do conteúdo institucional, mas especialmente na organização metodológica e formal. O pensamento técnico-jurídico, tornado autônomo pelos romanos, disciplinava metodologicamente os ordenamentos, possibilitando a extração de uma decisão mais segura. O ideal científico de racionalidade constituiu, assim, um dos elementos que marcaram a recepção do Direito Romano:

Este predomínio da ciência sobre a vida – que constituiu, por toda a parte a Europa moderna – foi decerto possibilitado pelas reservas disponíveis e inesgotáveis da razão jurídica e moral jurídica historicamente vivida, armazenadas nos textos da grande jurisprudência romana e que agora eram apropriadas pela cultura jurídica européia. Pelo contrário, a idéia européia de direito, como objecto do pensamento filosófico, tem as suas origens na filosofia grega, na teologia dos padres da Igreja e na teologia moral e filosofia da Idade Média européia.²⁹⁶

No mesmo sentido, completa Bobbio que, embora os juristas medievais sustentassem que esse Direito tinha sido reconstituído por Carlos Magno, o verdadeiro fundamento da validade do Direito Romano

[...] decorria de considerar tal direito como *ratio scripta*, isto é, como um conjunto de regras racionalmente fundadas, exprimindo a própria essência da razão jurídica (*Juristenrecht*), e, como tais, capazes de serem usadas para resolver todas as possíveis controvérsias, mediante, é claro, uma sábia manipulação das próprias normas, por obra dos intérpretes, mediante o recurso à aplicação analógica e às outras técnicas hermêuticas que permitem aplicar as normas estabelecidas para um caso a casos distintos.²⁹⁷

Ainda, Bobbio observa que os juristas medievais – a quem confere o adjetivo de ingênuos e ilimitados admiradores do Direito Romano – compreendiam esse direito além de um direito próprio de uma determinada *civitas*, mas o tinham como uma espécie de direito natural, que tinha “a grande vantagem de ser escrito e codificado em uma seleta legislativa”²⁹⁸.

Aqui é necessário destacar a influência da Igreja Católica que, embora já construísse seu próprio direito em relação às questões relativas à fé e à consciência, regulava-se de acordo com o Direito Romano para os negócios laicos. Essa constatação é de Francesco Calasso, que

²⁹⁶ WIEACKER, op. cit., p. 160.

²⁹⁷ BOBBIO, op.cit., p. 31.

²⁹⁸ Id-Ibidem.

a justifica “perchè dentro l’Impero di Roma essa (la Chiesa) aveva cominciato la sua vita, e dal diritto imperiale era stata riconosciuta e largamente privilegiata”²⁹⁹. Continua Calasso, ainda, percebendo a influência dos bárbaros, que produziu “un connubio che non doveva più scindersi: quello cioè della *lex canonica* e della *lex romana*”³⁰⁰.

Assim tornou-se natural que a Igreja, para defender a si mesma, tivesse de exaltar o Direito Romano como única lei, diante das agressões dos conquistadores. Com essa atuação pôde proteger e sustentar, também, aquela que proclamava ser a sua missão terrena: a concessão integral da vida humana. Essa afeição da Igreja pelo Direito Romano prestava-se a garantir a preservação do próprio Direito Canônico, na medida em que as questões da fé eram desta esfera de alcance, enquanto que as questões laicas resolviam-se a partir do Direito Romano. O *dar a César o que é de César e a Deus o que é de Deus* permitiu essa convivência, que acabou por privilegiar a racionalidade no Direito Romano, que não era produto do divino, mas na razão humana.

Enfim, ao analisar as matérias recepcionadas do Direito Romano na Europa, Wieacker afirma que “Recebido foi ainda, sem exceção, o conjunto do direito das obrigações das fontes romanas e, assim, a apuradíssima casuística obrigacional da jurisprudência clássica com o tesouro imenso de uma razão jurídica intertemporal”³⁰¹. Essa característica de intertemporalidade, essa validade universal, certamente, foi um dos elementos que produziu a sedução pelo Direito Romano e permitiu a sua recepção.

Ao chegar na Europa, a partir desse fenômeno da recepção, o Direito Romano depara-se, nos séculos imediatamente seguintes, com os ideais do jusracionalismo, sofrendo sua considerável influência na transposição ao mundo contemporâneo de alguns daqueles institutos recepcionados.

A herança histórica opera em benefício da humanidade e, por isso, o caminho já trilhado pelo homem não pode ser desconsiderado. Mas é preciso compreender a história e os

²⁹⁹ CALASSO, Francesco. **Medio Evo del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1954. p. 218. “porque dentro do Império de Roma essa (a Igreja) tinha começado a sua vida, e pelo direito imperial era reconhecida e largamente privilegiada” (tradução livre do autor).

³⁰⁰ Id-Ibidem. “uma associação que não deveria mais desfazer-se: aquela entre a *lex canonica* e a *lex romana*” (tradução livre do autor). Conclui Calasso, ainda, que “in quest’epoca, *romanus* diventa sinonimo di *catholicus*”. “nesta época, *romanus* torna-se sinônimo de *catholicus*” (tradução livre do autor).

³⁰¹ WIEACKER, op. cit., p. 266.

institutos de cada época, mesmo no momento de sua aplicação. É de Larenz a sustentação de que o Direito constitui-se num fenômeno histórico, quando afirma que

O legislador é, por um lado, o criador da lei – não uma simples ‘abreviatura’ com que se designassem os “interesses casuais”, ou uma mera “personificação” –, e está vinculado a conexões de sentido que lhe são dadas, bem como à sua concreta situação histórica; mas a lei, como parte que é da ordem jurídica, participa do seu sentido global e do seu desenvolvimento na História e, além disso, o seu significado é também determinado pelo modo como a compreendem aqueles a quem está confiada a respectiva “aplicação”.³⁰²

A tradição representa a forma pela qual é legada a história, permitindo que o mundo contemporâneo fosse informado pelos institutos do Direito Romano. É, contudo, tarefa do tempo atual a reconstrução do Estado originário, para a efetiva compreensão dos institutos. É isso que Jhering sustenta, ao detectar os vestígios deixados pela Antigüidade e a aptidão do homem contemporâneo, para a percepção dos ideais de antanho:

A história não nos transmitiu, é certo, uma imagem clara do Estado jurídico originário, que se perde nos tempos primitivos da existência dos povos; mas, em compensação, conservou na maior parte das nações, tão numerosos vestígios em seu direito posterior, que estamos aptos a reconstruir cientificamente aquele estado originário e as idéias que então dominavam.³⁰³

O momento e as circunstâncias em que será aplicada a lei não podem ser desconsiderados, sob pena de perder-se o sentido dos institutos jurídicos, pela desconsideração da historicidade, como afirma Radbruch³⁰⁴, que termina por reconhecer que a história de um pensamento jurídico não encerra no momento em que ele foi expresso num texto legal. Ao contrário, o tempo futuro se apropriará desse pensamento, da forma como aparecer naquele tempo, desvinculada, a princípio, das motivações do instante em que inserido no texto legal.

³⁰² LARENZ, op.cit., p. 159.

³⁰³ JHERING, op. ct., p. 95.

³⁰⁴ O autor refere que “a vontade do legislador, a vontade do Estado que se expressa apenas na lei, que ela busca encontrar, não é a vontade do autor da lei, um fato histórico encerrado; está antes em constante desenvolvimento e responde a novas necessidades jurídicas e a novas relações temporais modificadas com novos significados, dos quais o autor da lei nada podia saber” (RADBRUCH, op.cit., 1999, p. 218).

Essa apropriação é realizada pela tradição, que faz com que os efeitos de um determinado instituto possam transpor-se no tempo, irradiando-se numa dimensão além da temporalidade. É assim que Jhering reconhece tal resultado no campo processual:

[...] o processo muda, mas as regras da substância do direito, criadas pelo próprio processo, ou por ele calculadas, continuam a durar por algum tempo, em virtude da força da tradição; assim, vemos os cumes das altas montanhas dourados de luz, depois que o astro do dia se oculta no horizonte.³⁰⁵

Pela tradição, o sistema processual contemporâneo recebeu a ação condenatória e, de modo geral, a forma procedimental romana. Porém, os institutos herdados encontraram uma situação jurídica diversa que reclama a contextualização desse legado, sob pena de comprometer-se a realização das pretensões que se apresentam.

³⁰⁵ JHERING, op. cit., p. 14.

4 A ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO E A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO

O sistema processual contemporâneo formou-se a partir da concepção romana de processo que, atravessando os séculos e incorporando modos de pensar e paradigmas, a partir de um contexto cultural e histórico, produziu um sistema ao mesmo tempo similar e também distinto daquele dos romanos.

A similaridade é facilmente percebida pelo modo de apresentação e conformação dos institutos processuais e, especialmente, pela motivação do sistema processual contemporâneo, influenciado pelo Direito Romano, que confere um caráter essencial ao processo da modernidade. Nesse aspecto Chiovenda afirma que “l’idea romana è l’anima e la vita del processo civile moderno”³⁰⁶, admitindo assim a influência da concepção romana de processo no sistema do mundo moderno.

A distinção que existe, produto dos inúmeros fatores que produziram a tradição de Roma até os dias de hoje, nem sempre é facilmente percebida, porque alguns dos institutos do Direito Romano chegaram desvirtuados, outros tantos incompletos ou, ainda, expressos numa dimensão que não revela seu verdadeiro sentido.

A compreensão dos institutos do Direito Romano não poderá realizar-se unicamente a partir da análise descritiva daqueles institutos. É preciso *historicizar* essa leitura, reconstruindo o desenvolvimento do pensamento jurídico, considerando os fatores que o determinaram. Assim, a atividade jurisdicional romana haverá de ser compreendida naquele contexto, não sendo suficiente a simples análise descritiva. Essa compreensão deverá, pois, ter

³⁰⁶ CHIOVENDA, op. cit., p. 77. “A idéia romana é a alma e a vida do processo civil moderno” (tradução livre do autor).

presente o sentido histórico, interpretando os institutos romanos não com o olhar contemporâneo, mas deverá percebê-los inseridos em sua época e em seu contexto.

Também não basta a simples transposição dos institutos, sob as influências dos tempos modernos. Compreender os institutos romanos também não significa ressuscitá-los ou, como diz Biondi, “non si tratta di trasportare oggi ordinamenti romani, da secoli morti e sepulti, nè di invocare l’autorità di un giurista romano per avvalorare una dottrina od una decisione che vogliamo sostenere, e neppure della ricerca, sia pure utile, dei precedenti storici”³⁰⁷. É preciso, pois, partir da compreensão, reconhecendo-a como indissociável da ciência processual. É preciso livrar-se de paradigmas que a história trouxe e que produzem uma visão ofuscada daquele Direito antigo.

A recuperação dos institutos romanos não significa um retorno do Direito Processual à fase romana, inclusive porque o Direito não é um conceito abstrato que possa ser reeditado. A história do Direito, diz Calasso, “non è la storia di un astratto concetto, il diritto, ma di una realtà concreta”³⁰⁸. A vida não volta e também não é estática. O direito, inserção-essência dessa vida, não pode paralisar-se, sob pena de deixar de cumprir seu propósito.

Recuperar o Direito Romano significa fazer moderna a sua compreensão, considerando os elementos que se fizeram presentes na época e no local em que se desenvolveu o ordenamento jurídico. Garantir essa historicidade significa, no dizer de Monacciani, compreender e interpretar os institutos romanos “salve le profonde divergenze di vedute che caratterizzano l’ambiente culturale del diritto romano di fronte a quello moderno”³⁰⁹, o que implica a percepção das evidentes diferenças entre as duas culturas.

Esse poderá ser um dos caminhos para a superação de uma das grandes dificuldades do processo contemporâneo, que é exatamente a separação entre as atividades cognitiva e

³⁰⁷ BIONDI, op. cit., 1954. p. 398. “não se trata de transportar cada um dos ordenamentos romanos, há séculos mortos e enterrados, nem de invocar a autoridade de um jurista romano para valorar uma doutrina ou uma decisão que queiramos sustentar, e nem mesmo a pesquisa, ainda que útil, dos precedentes históricos” (tradução livre do autor).

³⁰⁸ CALASSO, Francesco. **Gli Ordinamenti Giuridici del Rinascimento Medievale**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1949. p. 30. “não é a história de um conceito abstrato, o direito, mas de uma realidade concreta” (tradução livre do autor).

³⁰⁹ MONACCIANI, Luigi. **Azione e Legittimazione**. Milano: Giuffrè, 1951. p. 7. “ressalvadas as profundas divergências de pontos de vista que caracterizam o ambiente cultural do direito romano diante daquele moderno” (tradução livre do autor).

executiva que contribui ainda mais para a orientação processual da busca da certeza. Compreender a dimensão dessas atividades declarativa e executiva, afinal complementares e integrantes da mesma jurisdição é condição para que se possa conferir uma nova feição à ação condenatória e garantir o atendimento das pretensões que se apresentam à tutela jurisdicional.

4.1 A DICOTOMIA ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO: ATIVIDADES DA MESMA JURISDIÇÃO

Uma das marcas do Direito Romano foi o seu caráter privado que talvez encontre justificativa na primitiva consideração de que a missão do Estado não estivesse efetivamente atrelada à promoção da justiça, mas à garantia da tranquilidade social, a partir da obstaculização da luta privada. O Estado, num primeiro momento, interessava-se por frear a barbárie, promovendo condições de coexistência comum entre os indivíduos.

E, assim, o Direito Romano formou-se mantendo a separação entre a promoção da justiça, atividade cometida ao juiz privado, e a contenção social, o império, que se destinou ao pretor. Embora tais atividades tenham sido posteriormente unificadas e mesmo que se deva ter presente que a atividade pretoriana também poderia ser compreendida no conceito contemporâneo de jurisdição, naquele momento histórico as duas atividades aconteciam de forma e em momentos distintos.

Não eram apenas as formas que se diferenciavam. Também os momentos eram distintos, porque a atuação do juiz privado acontecia depois do exame da matéria pelo magistrado. Essa separação potencializou-se pela tradição e chegou ao mundo contemporâneo também informada pelo Racionalismo que tornou a função cognitiva, naturalmente mais próxima da função que era exercida pelo juiz privado, um momento especial e de extrema conveniência para a afirmação de um de seus pilares: a busca da certeza.

A jurisdição contemporânea, então, é a jurisdição da certeza, portadora da marca racionalista que separa as funções de cognição e de execução, como se fossem incompatíveis, revelando-se uma evidente tendência dos processualistas em mantê-las dissociadas, como que em compartimentos distintos, e produtoras de resultados também distintos.

Não apenas a concepção de jurisdição é marcada por essa tendência. As formas e os institutos processuais contemporâneos também se adaptam a ela, produzindo efeitos perigosos para o processo. Scialoja, ao discorrer acerca do rigor das formas processuais, percebe a possibilidade de caracterização de erros graves a partir da consideração puramente formal. Assim, afirma que “puede ocurrir que, aun en nuestro procedimiento actual, se produzcan gravísimos efectos de un error incluso de pura forma. En general, el rigor de las formas sólo impresiona cuando esas formas no corresponden ya a los sentimientos y a las necesidades actuales, y son por tanto formas muertas y obstáculos inútiles”³¹⁰. É preciso, assim, perceber os sentimentos do mundo atual e as suas necessidades para, a partir daí, compreender os institutos processuais.

A própria concepção e estruturação da ação, no sistema contemporâneo, é portadora das marcas indelévels da natureza eminentemente privada do Direito Romano e, ainda, condutora do desejo pela exatidão. É, por assim dizer, um dos instrumentos que garantem uma jurisdição apenas declarativa, atrelada à idéia privatística. Por isso, a recuperação do conceito da *actio* romana, numa leitura informada pela compreensão dos componentes que justificaram a estruturação do sistema romano das ações, é uma das alternativas que se pode considerar, na busca da efetiva realização das pretensões. É, enfim, um dos desafios para o pleno exercício da função jurisdicional, no mundo moderno.

4.1.1 A Função Jurisdicional, do Direito Romano ao Processo Contemporâneo

No Direito Romano, o conceito de jurisdição não tinha a amplitude que a modernidade lhe confere. Não tinha a feição publicista da concepção moderna, porque o sistema processual estava muito próximo do direito material, essencialmente privado. Havia, então, uma tendência para a estruturação dos institutos processuais a partir de uma ótica privada que era, afinal, uma garantia de realização das pretensões daquele tempo.

O Direito de Roma, especialmente em seu período clássico, manteve uma intimidade entre Direito Privado e Direito Processual, provavelmente em decorrência da própria evolução

³¹⁰ SCIALOJA, op.cit., p. 132. “pode ocorrer que, mesmo em nosso procedimento atual, produzam-se gravíssimos efeitos a partir de um erro de pura forma. Em geral, o rigor das formas apenas impressiona quando tais formas já não correspondem aos sentimentos e às necessidades atuais, e são portanto formas mortas e obstáculos inúteis” (tradução livre do autor).

da ciência processual que ainda não tinha seus contornos muito claros e precisos. É isso que percebe Calamandrei, quando afirma que no Direito Romano Clássico, “per la imperfetta separazione tra diritto sostanziale e diritto processuale e per la recente origine contrattuale della sentenza, il concetto di *iudicium* non appariva profondamente diverso da quello del rapporto di diritto privato”³¹¹.

O Direito Processual nasceu a partir do direito material e a evolução que se realizou foi determinando, historicamente, seu progressivo afastamento, até o momento em que a ciência processual conseguiu afirmar sua autonomia. A criatura alforria-se e libera-se do seu criador e, no contexto contemporâneo, esse distanciamento pode determinar sua incapacidade para atender aos propósitos que justificaram seu surgimento. Não se pode esquecer essa função da relação jurídica processual que é adequadamente percebida por Radbruch³¹², quando a proclama autônoma, mesmo que deixe de exercer a sua função.

É por isso que se justifica a compreensão dos institutos do Direito Romano, não apenas de suas formas, mas especialmente da maneira como coexistiam os diversos institutos processuais. Nesse ponto pode-se observar a recuperação da dicotomia do procedimento judicial romano, entre as funções do magistrado e do juiz privado, realizada por Bülow. Para o processualista, todavia, não é a divisão do processo que importa. O que interessa ao processo contemporâneo é a forma como os romanos “habían distribuido”³¹³ a função jurisdicional entre o magistrado e o juiz privado. O procedimento prévio, perante o pretor, apenas “formaba el contenido exclusivo del procedimiento preparatorio”³¹⁴. Assim, o procedimento perante o magistrado servia para fixar as condições prévias para realização do processo que, em sua segunda fase, perante o juiz privado, apenas implicava a discussão e resolução do litígio verificado na relação jurídica material.

³¹¹ CALAMANDREI, op. cit., p. 13. “pela imperfeita separação entre o direito material e o direito processual e pela recente origem contratual da sentença, o conceito de *iudicium* não aparecia muito distinto daquele da relação de direito privado” (tradução livre do autor).

³¹² Diz o autor que “A independência do direito adjetivo na sua obrigatoriedade em frente do direito substantivo – mesmo que o primeiro deixe de preencher a sua função para alcançar a realização do segundo – acha a sua mais vigorosa expressão na bem conhecida distinção dogmática entre a *relação jurídica processual* ou *formal* e a relação jurídica *material*, para cuja verificação a primeira deve servir” (RADBRUCH, op. cit., 1979. p. 344).

³¹³ BÜLOW, Oskar Von. **La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964. p. 278. “haviam distribuído” (tradução livre do autor).

³¹⁴ Idem, p. 280. “formava o conteúdo exclusivo do procedimento preparatório” (tradução livre do autor).

Retornando à questão da jurisdição, é possível afirmar que no mundo medieval, a partir da obra dos glosadores, o conceito de *iurisdictio* foi ampliado, inclusive a partir da técnica de convergência em torno de alguns conceitos fundamentais, de complexos teóricos aparentemente distintos.

Assim, *iurisdictio* passou a “significare il complesso dei poteri che l’ordinamento giuridico esercita nella pienezza della sua vita”³¹⁵, como refere Calasso que também diz que, a partir dessa nova conotação, introduziu-se um novo elemento de importância fundamental, que foi o elemento publicístico do processo, representado aqui pelo interesse do ordenamento e do próprio Estado na relação jurídica processual que se constitui na afirmação da realização da atividade jurisdicional e, enfim, na forma de sustentação do ordenamento e mesmo do Estado, pela realização do direito material.

O elemento publicista, todavia, já estava presente no processo civil romano e estava representado pela atuação do pretor, a partir de atos de prescrição do juízo privado onde deveria desenvolver-se a ação, ordenando sua eventual mudança e, especialmente, concedendo ação ao autor, bem como proferindo os interditos.

Esses poderes do magistrado davam ao processo um “colorito publicístico”³¹⁶ que, no entanto, não era suficiente para afastar o caráter privado do processo romano, especialmente em face de que a fórmula conservava sua função, que a *litis contestatio* tinha natureza de acordo entre as partes e, enfim, que o órgão judicante era escolhido dentre os cidadãos privados.

No entanto, é necessário perceber que, no Direito Romano, a feição privatística era típica do processo de cognição, como reconhecido por Pugliese que bem sintetiza a natureza do processo civil romano, quando afirma que

[...] il processo di cognizione conservava anche allora la sua struttura privatistica; solo nella fase esecutiva acquistava un ruolo preminente il magistrato che applicava i mezzi previsti per la soddisfazione dei crediti dello Stato. Il che dava luogo a un

³¹⁵ CALASSO, Francesco. *Jurisdictio nel Diritto Comune Classico*. In: **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**, Napoli: Jovene, 1962. Tomo IV. p. 425. “significar o complexo dos poderes que o ordenamento exercita na plenitude da sua vida” (tradução livre do autor).

³¹⁶ PUGLIESE, Giovanni. *Processo Privato e Processo Pubblico – Contributo all’Individuazione dei loro Caratteri nella Storia del Diritto Romano*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, vol. III, parte I, p. 84, 1948. “colorido publicístico” (tradução livre do autor).

fenomeno abbastanza interessante, e cioè alla giustapposizione di due fasi processuali di natura diversa, una privata, l'altra pubblica.³¹⁷

Pugliese reconhece, então, a coexistência de duas fases de naturezas diversas.

Essa característica tem suas raízes na clássica divisão do processo formulário que registrava as funções de atividades de *iurisdictio* e *imperium*, cometendo a primeira para o juiz privado e deixando ao encargo do pretor o exercício da segunda.

Dessa forma, para a formação do conceito de jurisdição, a diferença entre *iurisdictio* e *imperium* tem um papel decisivo. Calasso destaca que o *imperium* compreende a atuação do Estado, quando a parte não pôde atuar, enquanto que, em seu sentido lato, *iurisdictio* dependeria da atuação da parte. Significa que, quando o direito da parte, por si, revele-se insuficiente para produzir o efeito desejado pelo ordenamento jurídico, é necessária a atuação do poder de império. Quando, todavia, a pretensão da parte tivesse o condão, por si, de realizar-se independentemente da vontade do adverso, a realização da pretensão dispensaria a atuação do *imperium*.

É interessante, porém, observar a posição de De Martino, para quem a dificuldade moderna de compreensão da jurisdição decorre também da verificação dos limites de cada um desses conceitos no Direito Romano. É assim que De Martino aponta que

[...] *iurisdictio* non è attuare la legge, perchè attuazione è volontà, e neppure significa rendere giustizia nel caso concreto, perchè dire il diritto è ben diverso dall'attribuire a taluno un bene della vita. Dalla visibile sproporzione fra il termine e la realtà che esso vorrebbe definire, deriva l'incertezza del nostro pensiero moderno nel definire la funzione giurisdizionale, dalla rottura della perfetta armonia che vi era nella concezione originaria fra il *ius dicere* e le reale attività del magistrato, ormai nota, derivò il lento scolorirsi del concetto.³¹⁸

³¹⁷ PUGLIESE, op. cit., 1948. p. 85. “o processo de conhecimento conservava também naquela época a sua estrutura privatística; somente na fase executiva o magistrado adquiria uma função importante, quando aplicava os meios previstos para a satisfação dos créditos do Estado. Isso dava lugar a um fenômeno muito interessante, isto é, a justaposição de duas fases processuais de natureza diversa, uma privada, a outra pública” (tradução livre do autor).

³¹⁸ DE MARTINO, op. cit., p. 64. “*iurisdictio* não é atuar a lei, porque atuação é vontade, e tampouco significa render justiça no caso concreto, porque dizer o direito é bem diverso que atribuir a alguém um bem da vida. Da visível desproporção entre os termos e a realidade que querem definir, deriva a incerteza do nosso pensamento moderno ao definir a função jurisdicional, da ruptura da perfeita harmonia que havia na concepção originária entre o *ius dicere* e a real atividade do magistrado, tardiamente percebida, derivou o lento descolorido do conceito” (tradução livre do autor).

A compreensão da jurisdição no sistema processual contemporâneo deve considerar, também, que a partir da afirmação do Estado moderno e, especialmente, do fenômeno da publicização do Direito, cada vez mais presente, novas exigências se apresentaram à jurisdição, que teve grande desenvolvimento, passando a ocupar espaços antes impensados. Serviu para conter o crescimento do Estado a partir da difusão das idéias acerca da jurisdicionalização do Estado, da limitação do Estado pelo direito ou da limitação do poder político pelo jurídico.

Embora o caráter publicista que hoje se reclama da jurisdição, ainda mantêm-se alguns dos componentes privados que a informaram no Direito Romano. Um deles é a característica de substituição da vontade alheia, também afirmada por Ugo Rocco que a reconhece como o “elemento específico e característico della attività giurisdizionale”³¹⁹, e justifica a característica de secundariedade que se confere à atividade jurisdicional. É o Estado que se curva à vontade do indivíduo em relação à provocação da tutela.

Além disso, a função jurisdicional não pressupõe uma atividade incessante do Estado porque, como diz Mattiolo, “il potere giudiziario non ha iniziativa”³²⁰, dependente que é da provocação das partes. Essa dependência também é um resquício da feição privada. O Estado garante a realização das pretensões e a atuação do direito objetivo, a partir da provocação do indivíduo, desinteressado que é do conflito que constitui a lide.

³¹⁹ ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Torino: Torinese, 1957. Tomo I. p. 49. “elemento específico e característico da atividade jurisdicional” (tradução livre do autor). A propósito, vale observar que o processualista define jurisdição como a “attività con cui lo Stato, a traverso gli organi giurisdizionali, intervenendo su richiesta dei privati, subietti di interessi giuridicamente protetti, si sostituisce ad essi nell’attuazione della norma che quegli interessi tutela, accertando in loro vece, se e quale tutela una norma conceda ad un determinato interesse, ingiungendo all’obbligato, in vece dell’avente diritto, l’osservanza della norma e realizzando mediante l’uso della sua forza collettiva, direttamente quegli interessi la cui tutela sia legalmente accertata” (p. 51). “atividade com a qual o Estado, através dos órgãos jurisdicionais, intervindo a partir dos pedidos dos indivíduos, acerca dos interesses juridicamente protegidos, substitui-se a eles na atuação da norma que tutela aqueles interesses, declarando em seu lugar, se e qual tutela uma norma dá a um determinado interesse, impondo ao obrigado, através do direito, a observância da norma e realizando mediante o uso da sua força coletiva, diretamente aqueles interesses cuja tutela seja legalmente declarada” (tradução livre do autor).

³²⁰ MATTIROLLO, Luigi. **Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano**. 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1902. p. 8. “o poder judiciário não tem iniciativa” (tradução livre do autor). Continua Mattiolo, a propósito, explicando que a ação do poder judiciário “non si spiega se non in seguito ad istanza degli interessati; il suo ufficio precipuo è quello di provvedere all’accertamento e alla restaurazione dei diritti disconosciuti o violati nella pratica della vita civile”. “não se justifica senão quando provocada pelos interessados; o seu objetivo precipuo é o de proferir a declaração e a restauração dos direitos desconhecidos ou violados na prática da vida civil” (tradução livre do autor).

De qualquer maneira, a moderna concepção de jurisdição exige uma natureza evidentemente publicista, quando a ciência processual passa a perceber o interesse do Estado na sua realização, notadamente com o propósito de preservação do ordenamento. A partir do exame dos objetivos da jurisdição na modernidade, Ugo Rocco³²¹ traz a idéia de que a atividade está mais direcionada no sentido de conferir a efetiva satisfação dos interesses tutelados do que, precipuamente, a submeter a vontade individual ao cumprimento da norma. Isso confirma a atual concepção publicista e, também, o interesse do ordenamento na realização da atividade jurisdicional.

É inegável, portanto, o interesse do Estado na realização da função jurisdicional que representa a garantia de estabilidade do ordenamento jurídico. Mais do que simples garantia, aliás, a função jurisdicional sustenta o próprio Direito, como diz Salvatore Satta, “tutto il diritto, come egli lo vuole, è in gioco, poichè il diritto vive nella giurisdizione”³²². Por essa idéia pode-se afirmar que a jurisdição tem essa tarefa de realização do direito, donde é necessário afastar a teoria que sustenta a jurisdição unicamente como uma atividade declarativa.

Além de representar uma atividade declarativa, a jurisdição também tem a sua missão de efetiva realizadora das pretensões e, por esse prisma, é necessário aceitar a função executiva, inerente também ela à essência da jurisdição, no interesse da preservação do ordenamento.

Essa função da jurisdição, realizar as pretensões e não apenas declará-las, é percebida por Calmon de Passos, quando diz que a jurisdição “compreende em si três faculdades: de instrução, de decisão e de coerção”³²³. É a partir do reconhecimento dessas três fases que o autor inclui a execução no conceito jurisdicional, o que lhe permite afirmar que o Direito não

³²¹ Diz o autor que “la giurisdizione civile oggi non mira tanto ad assoggettare la volontà individuale, per piegarla alla osservanza della norma, quanto a procurare, in ogni modo, ed anche indipendentemente dalla volontà dell’obbligato, l’effettivo soddisfacimento degli interessi tutelati dalla norma” (ROCCO, op. cit., p. 54). “a jurisdição civil atualmente não objetiva tanto submeter a vontade individual, para adequá-la à observância da norma, quanto a procurar, em cada situação, e também independentemente da vontade do obrigado, a efetiva satisfação dos interesses tutelados pela norma” (tradução livre do autor).

³²² SATTÀ, Salvatore. **Introduzione allo Studio del Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1939. p. 26. “todo o direito, como ele o quer, está em jogo, porque o direito vive na jurisdição” (tradução livre do autor).

³²³ CALMON DE PASSOS, J. J. **Da Jurisdição**. Salvador: Progresso, 1957. p. 15. O autor explica, dizendo que “pela primeira, verifica o juiz a existência dos pressupostos de fato que importam na incidência da lei cuja aplicação lhe pedem. É o conhecimento da causa, a *notio* dos romanos. Pela segunda, ele decide, julga, aplica o direito que incidiu. É o *judicium*. Pela terceira, ele realiza o direito que aplicou. É a execução, o *imperium*”.

é apenas declarado, mas é aplicado autoritativamente e, enfim, conceituar jurisdição como a “aplicação autoritativa da lei, mediante a substituição por uma atividade pública da atividade alheia”³²⁴.

A questão decisiva, a ser observada, é que se estabeleceu uma ciência processual privatística, atendendo às exigências do mercantilismo econômico, a partir da redução da atividade jurisdicional à mera declaração de direitos, preferentemente realizada a partir do dogma da inexistência de lacunas na lei, o que surriprou a atividade criadora do juiz. Pela sua fidelidade ao dogma do mercantilismo e pela sua reverência ao culto dos valores do individualismo, o Direito Processual não acompanhou à publicização que se realizou no direito material, o que o torna incapaz de atender às necessidades sociais.

Nessa linha, é interessante o entendimento de Cristina Rapisarda, para quem a concepção de uma jurisdição individualista produziu o favorecimento aos espaços de liberdade individual e a conceber a jurisdição como “funzione diretta all’attuazione dei diritti soggettivi privati”³²⁵. É preciso, pois, resgatar o poder de império da jurisdição, o que garantirá a publicização do processo.

Um exemplo da argumentação dogmática e do pensamento ideológico que permeia a discussão em torno da feição publicista do processo é trazido por Ugo Rocco, quando afirma que “la questione circa la natura ed il concetto della giurisdizione, mentre ha grande importanza teorica, ha scarso rilievo pratico”³²⁶. Deixar de perceber que a discussão acerca da natureza da função jurisdicional tem decisivo papel na realização das pretensões – que afinal é o que representa o relevo prático da questão, somente encontra justificativa num pensamento comprometido ideologicamente.

A redução da jurisdição à atividade declarativa limita a atividade jurisdicional, servindo aos propósitos ideológicos do sistema. Permite um verdadeiro *controle* externo dessa atividade, criando uma *jurisdição ilusória* de um juiz que diz, mas não faz e, portanto, se não

³²⁴ CALMON DE PASSOS, op.cit., p. 31.

³²⁵ RAPISARDA, Cristina. **Profili della Tutela Civile Inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987. p. 18. “função direta à atuação dos direitos subjetivos privados” (tradução livre do autor).

³²⁶ ROCCO, op.cit., p. 62. “a questão acerca da natureza e do conceito de jurisdição, embora sua grande importância teórica, tem pouco relevo prático” (tradução livre do autor).

faz, permanece atrelado ao texto legal. A exigência da certeza, herança racionalista, torna mais requintado esse quadro, retirando o que resta da atividade criadora jurisdicional.

4.1.2 Cognição e Execução: Atividades Complementares da mesma Jurisdição

Dizer e fazer são verbos que, embora distintos, têm de associar-se ou, pelo menos, andar próximos, quando se trata de jurisdição. E o sistema processual contemporâneo precisa aceitar essa condição, admitindo que, declarar e executar, são atividades de uma mesma função jurisdicional.

Ninguém poderá negar que a atividade declarativa é diversa daquela que executa. As pretensões postas em juízo podem ter por objeto uma declaração, ou uma execução ou, ainda, ambas as atividades. Não se justifica, todavia, a resistência que se travou no processo contemporâneo, em relação à atividade jurisdicional executiva, marcada pelo componente ideológico já denunciado.

Na verdade, a proposição dogmática aproveitou-se do sistema processual romano para formar e consolidar essa dicotomia entre declaração e execução. Um típico processo civil num ordenamento do *Civil Law* divide-se em fases separadas, diz Merryman³²⁷, no que é acompanhado por James Goldschmidt que também destaca essa separação. Goldschmidt credita essa característica à influência romana, dando-lhe, inclusive, o adjetivo de ponto central do processo civil romano³²⁸ e também reconhecendo que o procedimento realizado perante o pretor tem por fim a determinação da possibilidade de submissão do litígio a um juiz. Essa separação, como já observado, é consenso entre os romanistas³²⁹ que a consideram, inclusive, a base do processo civil romano.

Mais do que representar apenas a base do processo romano, essa mesma dicotomia pode explicar a origem da separação operada no processo contemporâneo. Para desenvolver

³²⁷ “Un tipico processo civile in un ordinamento di Civil Law si divide in fasi separate” (MERRYMAN, op. cit., p. 168).

³²⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 10.

³²⁹ Acerca disso, diz Charles Mayns, “La séparation du *ius* et du *iudicium* forme la base de la procédure ordinaire des Romains, *ordo iudiciorum*, du temps de la république et dans les premiers temps de l’empire” (MAYNS, Charles. **Cours de Droit Romain**. 5. ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1891. Tome Premier.

tal conclusão, pode-se tomar o entendimento de Bülow ao dizer que “la litiscontestación merece destacarse firmemente como el punto más importante del proceso y como el pilar básico indiscutido de todo el procedimiento judicial”³³⁰. Mesmo que esse momento processual não resolvesse definitivamente o litígio, a *litis contestatio* não tinha caráter de provisoriedade, porque as matérias por ela resolvidas não seriam objeto de nova decisão.

Chiovenda também conclui na mesma linha de Bülow e o complementa a partir dos elementos que reconhece na atividade jurisdicional. Assim, depois de reconhecer que um processo encerra necessariamente dois elementos, um elemento lógico – que é de natureza preparatória e se representa pelo conjunto de atos ordenados a conduzir à definição da questão – e outro elemento, representado pela volitividade do juiz, Chiovenda percebe que o Direito Romano valorizou esse segundo elemento, ou seja, a atividade volitiva. Tanto que no processo clássico, diz Chiovenda, a “afirmação da vontade da lei é, potencial e condicionalmente, elaborada pelo pretor e o centro do processo compõe-se deste solene ato de vontade, com que o magistrado comete ao *iudex* a indagação dos fatos: *si paret condemna, si non paret absolvito*”³³¹. Então, no processo romano, a valorização da vontade sobrepunha-se à valorização do lógico.

Essa concepção romana, porém, teria restado esquecida no processo contemporâneo em que o elemento lógico galgou maior espaço, ocupando o centro e deixando o elemento

p. 489. “a separação do *ius* e do *iudicium* forma a base do processo ordinário dos Romanos, *ordo iudiciorum*, dos tempos da república e desde os primeiros tempos do império” (tradução livre do autor).

³³⁰ “a litiscontestação merece ser destacada como o ponto mais importante do processo e como o indiscutível pilar básico de todo o processo judicial” (tradução livre do autor). Para Bülow, a litiscontestação “era el resultado de un debate completo y decisión acabada de un complejo de cuestiones que no volverían al tapete por segunda vez. Era el momento en que se hacía constar que, por medio de la actividad de las partes y con el control y aprobación de la autoridad estatal, aquella relación de derecho público que llegaba a su constitución y término irrevocable, estaba destinada a contener dentro de sí la relación litigiosa privada existente entre las partes para hacer surgir ésta – después de una esmerada descomposición de sus distintos elementos y según el resultado favorable o desfavorable del análisis – en un estado mejor, más firme y útil que antes o para reducirla a la nada” (BÜLOW, op. cit., p. 287). “era o resultado de um debate completo e decisão acabada de um complexo de questões que não voltariam a exame novamente. Era o momento em que se fazia constar que, por meio da atividade das partes e com o controle e aprovação da autoridade estatal, aquela relação de direito público que chegava à sua constituição e término irrevogável, estava destinada a conter dentro de si a relação litigiosa privada existente entre as partes para fazer surgir aquela – depois de uma esmerada decomposição de seus distintos elementos e segundo o resultado favorável ou desfavorável da análise – em um estado melhor, mais firme e útil do que o anterior ou para reduzi-la a nada” (tradução livre do autor).

³³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **A Idéia Romana no Processo Civil Moderno**. Processo Oral. Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 94.

volitivo esmaecido. É por isso que Chiovenda afirma que “no processo do direito intermédio italiano assistimos a uma lenta inversão na ligação entre o elemento lógico e o ato de vontade”³³² de forma que, entende o processualista, atualmente o processo se apresenta aos juristas muito mais em seu aspecto lógico, permanecendo num segundo plano a formulação da vontade estatal, que é a função essencial do processo.

Chiovenda creditou essa inversão à desagregação dos sistemas jurídicos a que o mundo assistiu depois do declínio do Império Romano. No entanto, parece que se poderia também deduzir que essa inversão não se deve tanto a esse enfraquecimento, mas ao pensamento racionalista que influenciou o Direito Romano depois da recepção: valorizar o elemento lógico garante a certeza, traz a segurança e diminui o perigo de sujeição à vontade do julgador. Atende, enfim, às exigências políticas do mercantilismo, denunciadas por Ovídio Baptista da Silva.

Não se pode esquecer, todavia, que no conceito de *iurisdictio*, na concepção romana de jurisdição, estava compreendida toda a função do magistrado *in iure*, que De Martino afirma “così è avvenuto che tutta la funzione del magistrato *in iure* fosse definita *iurisdictio*: si è preferito contrassegnare l’insieme di attività con la nota più imminente e caratteristica”³³³.

As atividades de cognição e de execução são diversas em sua essência, porém não é possível conceber a jurisdição apenas declarativa ou somente executiva. São atividades, enfim, indissociáveis, porque, para executar, é preciso que se conheça. E, ainda, é necessário aceitar que determinadas pretensões formuladas em juízo não se exaurem no conhecimento. Precisam da execução que se torna pressuposto de atendimento da pretensão.

O conceito de jurisdição deve abraçar as funções que se prestam ao atendimento das pretensões postas em juízo, podendo-se considerar, nesse momento, a posição de Calamandrei. Embora afirme que “el juez, para llegar a la declaración de certeza, debe, sobre todo, ejercer una actividad de historiador y de lógico”³³⁴ – essa afirmação traz o componente

³³² CHIOVENDA, op. cit., 1940. p. 94.

³³³ DE MARTINO, op.cit., p. 196. “assim adveio que toda a função do magistrado *in iure* fosse definida *iurisdictio*: preferiu-se distinguir a junção de atividades com a nota mais próxima e característica” (tradução livre do autor).

³³⁴ CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973. Vol. I. p. 166. “o juiz, para chegar à declaração de certeza deve, sobretudo, exercer uma atividade de historiador e de lógico” (tradução livre do autor).

do pensamento racionalista, que afirmou o proceder científico processual como uma atividade lógica – Calamandrei termina por dizer que “tanto el conocer del juez como el obrar del ejecutor, se encuentran en la jurisdicción reunidos por la unidad del fin”³³⁵.

Ainda, Calamandrei afirma que “el razonamiento hecho por el juez en el proceso de cognición no vale como enunciación de verdad teórica, sino como proclamación práctica de un mandato que debe ser obedecido”³³⁶. É esse, afinal, um dos componentes da função jurisdicional, o fazer-se obedecer mesmo contra a vontade dos litigantes. Talvez esse, afinal, seja um dos elementos que têm maior relevância na consolidação da atividade jurisdicional, a imposição do respeito pelas decisões judiciais.

A discussão acerca da natureza da função jurisdicional é decisiva na elaboração de uma ciência processual que seja capaz de livrar-se da dogmática e da ideologia e, bem assim, escapar da subserviência à lógica e à sistematização. A propósito, criticando a tradição jurídica do *Civil Law*, John Merryman afirma que “i giuristi continentali sono giustamente orgogliosi dessa struttura e della metodologia del proprio diritto e del loro effettivo contributo ad una formulazione, ad una elaborazione e ad una applicazione della legge in modo certo, ordinato ed efficiente”³³⁷. A partir dessa constatação, o autor destaca que a manutenção da divisão processual, em fases distintas, termina por beneficiar e favorecer essa *ciência sistemática*, como é concebido o processo civil.

A separação do processo em fases distintas facilita a sistematização, constituindo-se num dos sustentadores da certeza que, afinal, continua a ser venerada e desejada pelos processualistas. Enquanto se mantém o processo numa ordenação tanto mais próxima do lógico quanto possível, garante-se a certeza processual e sustenta-se o paradigma racionalista, diminuindo-se o poder jurisdicional, reduzido afinal a *dizer o direito* e, preferentemente, a manter-se atrelado à determinação legal.

³³⁵ CALAMANDREI, op.cit., p. 167. “tanto o conhecimento do juiz como a ação do executor, encontram-se na jurisdição reunidos pela unidade do fim” (tradução livre do autor).

³³⁶ Id-Ibidem. “a razão feita por um juiz no processo de conhecimento não vale como enunciação de verdade teórica, senão como proclamação prática de um mandato que deve se obedecido” (tradução livre do autor).

³³⁷ MERRYMAN, op. cit., p. 96. “os juristas continentais são justamente orgulhosos dessa estrutura e da metodologia do próprio direito e de sua efetiva contribuição a uma formulação, a uma elaboração e a uma aplicação da lei de modo certo, ordenado e eficiente” (tradução livre do autor).

Quanto maior for a previsibilidade do processo, maior será a segurança que transmitirá e mais atenderá a ideais ideológicos. Além disso, é mais fácil garantir a certeza enquanto se constrói apenas no plano teórico. Quando se toca o concreto, reduz-se a possibilidade de garantia da certeza. É essa, talvez, a mais amarga das dores do processo contemporâneo.

É possível afirmar, então, que numa visão ortodoxa, a separação entre as atividades declarativa e executiva justifica teoricamente a manutenção do sistema. Porém, a justificação está muito distante da efetividade que cada vez mais se espera do processo, que se torna um instrumento intangível e absolutamente desinteressado do conflito nele representado. Esse desinteresse não está a representar a desejada imparcialidade que se espera da jurisdição, mas serve, sim, aos compromissos ideológicos do processo.

Afastar-se da dicotomia entre declaração e execução significa, enfim, trilhar o rumo do atendimento das pretensões do autor reconhecendo, como faz Salvatore Satta, quando se refere à atividade jurisdicional que “ormai non si tratta più di ottenere qualcosa col concorso dell'altra parte, si tratta di ottenerlo nonostante la mancanza del sua concorso, anche contro la sua volontà”³³⁸. Essa conclusão conduz, pois, à própria concepção de ação, entendida não apenas como uma faculdade do autor frente à resistência do obrigado, mas inclusive como algo que o autor *deve*³³⁹ obter, já que não lhe resta outra forma para realização da justiça e tutela do próprio direito.

Afeiçoado às demandas plenárias, o processo mantém institutos que contribuem para a sustentação dogmática da ideologia que o impregna. Entre esses institutos está a estruturação das ações que regulam a atividade jurisdicional e, no dizer de Jhering “representam, pelo menos nominalmente, um grande papel”³⁴⁰. Esse papel expressa-se, sem dúvida, pela construção da categoria de *ação processual*, o que contribui para a afirmação da autonomia do

³³⁸ SATTÀ, op. cit., p. 21. “já não se trata mais de obter algo com o concurso da outra parte, trata-se de obtê-lo inobstante a falta da sua colaboração, também contra a sua vontade” (tradução livre do autor).

³³⁹ Diz Salvatore Satta: “Per rendersi esatto conto di questi poteri che sono processuali, perchè si esplicano nel processo, ma sono tuttavia in parte indipendenti dal processo in atto, bisogna sempre ricondurli al fine per il quale essi sono costituiti: e il fine è l'accertamento, quell'accertamento che la parte *può* ottenere di fronte allá resistenza dell'obbligato, ma che anche *deve* ottenere, poichè non può farsi giustizia da sè, se vuole tutelare il próprio diritto” (Idem, p. 46). “Para perceber exatamente esses poderes que são processuais, porque se explicam no processo, mas são todavia em partes independentes do processo em questão, é necessário sempre retornar ao fim pelo qual foram constituídos: e o fim é a declaração, aquela declaração que a parte pode obter diante da resistência do obrigado, mas que também *deve* obter, porque não se pode fazer-se justiça, se quiser tutelar o próprio direito” (tradução livre do autor).

³⁴⁰ JHERING, op. cit., p. 20.

processo e, a partir daí, pelo estabelecimento de um paradigma que privilegia o processual, esquecendo, por vezes, a realização *material* da pretensão.

4.1.3 A Dimensão do Conceito de Ação no Processo Contemporâneo

O conceito de ação, no sistema processual contemporâneo, tem ensejado diversas interpretações e controvérsias que se iniciam, inclusive, entre a distinção entre o conceito de ação e aquele de pretensão. Por esta última, entende-se o *poder exigir* que não se confunde com o exercício da ação.

No entanto, atrelado à realização das pretensões, dos *poderes de exigir* que se formulam em juízo, está o plano material que, ao final, é o que mesmo importa: Aquele que é titular de uma pretensão busca a satisfação no plano material e não apenas na órbita processual. Busca, então, ver realizada, a partir da atividade jurisdicional, a ação material de que é titular e que corresponde ao poder de exercer a pretensão e, *mais*, de submeter o devedor ao cumprimento, independentemente da vontade deste.

Mesmo partindo dessa premissa, a evolução processual do conceito de ação merece atenção, porque a ação não é uma criação livre do processo, mas produziu-se nessa esfera a partir das relações que vinculam os titulares das pretensões que se afirmam em juízo.

Ao propor sua conceituação de ação, na metade do século XIX, Windscheid principia por analisar a ótica pela qual se concebem, no Direito moderno, os institutos do Direito Romano, reconhecendo que, por vezes “si era continuamente propensi a costruire, per così dire, aprioristicamente il diritto romano e a ritrovare espresso in esso tutto ciò che si considerava fondato di per sé”³⁴¹. Essa equivocada compreensão do Direito Romano conduziu, segundo o processualista, à generalização da idéia de que naquele sistema, *actio* seria sinônimo de direito à tutela de um outro direito, derivado da violação deste ou, ainda, à concepção de que ação representaria a faculdade de invocar tutela para o direito no caso de violação.

³⁴¹ WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica Intorno All’Actio**. Traduzione de Ernst Heinitz. Firenze: Sansoni, 1954. p. 6. “se era continuamente propensos a construir, por assim dizer, aprioristicamente o direito romano e a encontrar espresso nisso tudo o que se considerava fundado nele” (tradução livre do autor).

Pode-se perceber essa concepção romanística, também, no entendimento de Charles Mayns, que assim define a *actio* romana: “avoir une action, c’est avoir un droit, puisque l’action n’est autre chose que le moyen civil de faire valoir un droit”³⁴². Ora, essa concepção do Direito Romano não cabe perfeitamente ao processo contemporâneo, que já percorreu a trajetória do reconhecimento da abstração do direito de ação, percebendo-se atualmente, de um modo até mesmo exagerado, a autonomia do direito de ação.

Em todo o caso, a concepção romana de ação que pressupunha a existência de um direito, tem as suas origens ainda no período das *legis actiones*, por evidente razão: o direito de ação existia a partir do perfeito enquadramento à ação da lei, que estava vinculada ao direito material.

Idéia similar a de Mayns foi defendida por Theodor Muther. Embora não se aceite a opinião de Muther acerca da inexistência das pretensões de direito material, vale observar a sua percepção sobre a vinculação do Direito Romano à lei, quando sustentava que “l’ordinamento giuridico romano non era l’ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili, ma l’ordinamento dei diritti, e che solo diritti (in senso soggettivo) potevano essere perseguiti in giudizio”³⁴³ e, a partir daí, conclui que *actio* representava um direito à tutela estatal.

A defesa de que, na sua origem, os termos jurídicos têm um significado que coincide com o sentido comum da palavra foi realizada por Pekelis oitenta anos depois da célebre polêmica entre Muther e Windscheid. Mesmo que não se possam aceitar, na contemporaneidade, as posições de Pekelis, vale trazer o seu entendimento sobre a *actio* romana, quando afirmou que “L’actio non può non aver significato in un primitivo período, anche nel campo giuridico, che quel che significava e significa tuttora nel linguaggio comune”³⁴⁴. Assim, para Pekelis, *actio* também significou agir, inclusive na origem do Direito Romano.

³⁴² MAYNS, op. cit., 1891, p. 484. “ter uma ação, é ter um direito, porque a ação não é outra coisa que o modo civil de fazer valer um direito” (tradução livre do autor).

³⁴³ WINDSCHEID; MUTHER, op. cit., p. 233. “o ordenamento jurídico romano não era o ordenamento das pretensões que poderiam ser perseguidas judicialmente, mas o ordenamento dos direitos, e que somente direitos (em sentido subjetivo) poderiam ser perseguidos em juízo” (tradução livre do autor).

³⁴⁴ PEKELIS, Alessandro. Azione (Teoria Moderna). In: **Novissimo Digesto Italiano**. 3. ed. Torino: Torinese, 1957. Vol. II. p. 33. “a *actio* não pode ter deixado de significar, num primitivo período, também no campo jurídico, o que significava e significa até hoje na linguagem comum” (tradução livre do autor).

É consenso entre os romanistas, porém, que depois do período formulário o termo *actio* passou a ter uma significação diversa, afastando-se da íntima e estreita relação que se fazia com o Direito objetivo, passando a exprimir o exercício da atividade processual. Sem o compromisso com sua concepção moderna de ação, é importante destacar a observação de Pugliese, que constata a significação da expressão *actio* no Direito Romano, dizendo que “i giuristi cominciarono a esprimere coscientemente con tale parola la possibilità di esercitare in concreto l’attività processuale secondo gli schemi all’uopo predisposti”³⁴⁵. A partir de então, “quei giuristi dicevano spesso che taluno aveva un’*actio* o che a taluno spettava un’*actio* invece di dire che era titolare di un diritto”³⁴⁶.

Assim, Pugliese conclui que *actio*³⁴⁷ não era um direito ou um poder dirigido ao magistrado, nem a simples licitude de realizar um ato processual, mas representava o poder de fazer valer o direito através do processo e mesmo o poder de promover uma pronúncia destinada à satisfação do próprio interesse.

A partir da percepção desse último conceito da *actio* romana, para Windscheid ação “è la facoltà de imporre la propria volontà in via giudiziaria”³⁴⁸, não sendo, pois, o direito à tutela de um outro direito e nem mesmo a faculdade de invocar tutela para o direito no caso de violação. Para Windscheid, então, o conceito de ação estava ligado à idéia de imposição da vontade em juízo. E imposição da vontade significa submissão do réu a ela, independentemente do seu elemento volitivo.

³⁴⁵ PUGLIESE, op. cit., 1957. p. 27. “os juristas começaram a exprimir conscientemente com tal palavra a possibilidade de exercitar em concreto a atividade processual segundo os esquemas preparados de acordo com as necessidades” (tradução livre do autor).

³⁴⁶ Id-Ibidem. “aqueles juristas diziam seguramente que alguém tinha uma *actio* ou que alguém esperava uma *actio* ao invés de dizerem que era titular de um direito” (tradução livre do autor).

³⁴⁷ Diz Pugliese, textualmente: “Non è difficile ora concludere che l’*actio*, che non era un diritto o un potere verso il magistrato o verso il giudice, che non era semplice liceità di compiere l’uno o l’altro atto processuale, che spettava solo a chi aveva ragione, rappresentava in sostanza il potere di far valere il diritto attraverso il processo, vale a dire il potere di promuovere, assumendo e mantenendo l’iniziativa processuale con gli atti volta a volta richiesti, una pronuncia atta a soddisfare il proprio interesse verso l’avversario (per lo più la sua condanna) e, se ne era il caso, le opportune misure materiali” (Idem, p. 28). “Não é difícil então concluir que a *actio*, que não era um direito ou um poder em volta do magistrado ou do juiz, que não era simples licitude de cumprir um ou outro ato processual, que esperava apenas a quem tivesse razão, representava em substância o poder de fazer valer o direito através do processo, ou seja o poder de promover, assumindo e mantendo a iniciativa processual com os atos vez a vez reclamados, uma pronúncia apta a satisfazer o próprio interesse sobre o adversário (para ele mais a sua condenação) e, se fosse o caso, as oportunas medidas materiais” (tradução livre do autor).

³⁴⁸ WINDSCHEID; MUTHER, op. cit., p. 8. “a faculdade de impor a própria vontade na via judiciária” (tradução livre do autor).

O surgimento da ação, entendida em seu sentido técnico, depende exatamente da proibição da ação física: onde hoje não se pode agir, no sentido comum da palavra, pode-se exercer o direito de ação. Então, o conceito técnico-jurídico de ação está numa aparente contradição com o sentido comum da palavra, já que a *ação* somente existe quando não se pode agir fisicamente. A idéia, defendida por Pekelis, permite-lhe concluir que “tutto ciò si risolve, in fondo, nella banale constatazione che l’azione surge solo dove surge il processo e che questo surge a sua volta solo dove lo Stato inibisce la ragione fattasi”³⁴⁹.

A afirmação de que ação está ligada à violação do direito decorre da passagem que os processualistas permitem-se fazer, a partir da constatação de que a ação presta-se a alcançar a reparação do direito violado. Nesse sentido, pode-se observar que Garsonnet afirma que todo o direito pressupõe necessariamente a possibilidade de um recurso ao poder judiciário, onde se requer o reconhecimento do direito contestado ou o respeito ao direito violado³⁵⁰.

O mesmo entendimento é adotado por Salvatore Satta que a partir da sanção, reconhece-a como a forma de realização da reparação³⁵¹ que não tenha ocorrido voluntariamente, quando verificada a lesão. A partir desse ponto, quanto trata da ação a qual denomina “indissolúvel companheira” da jurisdição, Salvatore Satta afirma seu surgimento a partir da vontade do titular do direito que deve realizar-se através dessa ação.

Retornando a Windscheid que definiu ação como a faculdade de impor a própria vontade na via judiciária, pode-se inferir que ação não representa apenas o poder de fazer atuar a jurisdição, mas mais do que apenas isso, representa o poder de sujeitar o réu a esse exercício.

³⁴⁹ PEKELIS, op. cit., p. 33. “tudo isso resolve-se, ao final, na banal constatação que a ação surge somente onde surge o processo e que este surge somente onde o Estado inibe a razão delituosa” (tradução livre do autor).

³⁵⁰ Afirma o autor que “tout droit suppose nécessairement la possibilité d’une contrainte extérieure, c’est-à-dire d’un recours au pouvoir judiciaire auquel on demande de reconnaître le droit contesté ou de faire respecter le droit violé” (GARSONNET, E.; CÉZAR-BRU, Charles. **Précis de Procédure Civile**. 5. ed. Paris: Société du Recueil General des Lois & Des, 1904. p. 58. “todo o direito supõe necessariamente a possibilidade de um controle exterior, isto é, de um recurso ao poder judiciário através do pedido de reconhecimento do direito contestado ou de fazer respeitar o direito violado” (tradução livre do autor).

³⁵¹ Refere Satta que “mancata la riparazione volontaria, il diritto deve trovare nella sanzione il suo ristabilimento: nel prodursi cioè di una modificazione giuridica per la quale si ottenga lo stesso risultato pratico della riparazione volontaria, la modificazione ipoteticamente disposta dalla legge” (SATTA, op. cit., p. 23). “ausente a reparação voluntária, o direito deve encontrar na sanção o seu restabelecimento: na realização de uma modificação jurídica através da qual se obtenha o mesmo resultado prático da reparação voluntária, a modificação hipoteticamente disposta na lei” (tradução livre do autor).

Nesse sentido, Antônio Guarino, depois de afirmar que a ação é um meio jurídico de tutela do direito subjetivo violado, afirma que essa ação restará expressa ou numa pretensão ou num poder. Se entendida como um poder, diz o processualista, “l’azione consisterà, ovviamente, nella liceità di assoggettare la controparte, o chi per essa responsabile, alla reintegrazione diretta o indiretta dell’interesse offeso”³⁵². Prosseguindo, quando admite possa ser compreendida a ação como uma pretensão, Guarino reconhece que, nessa hipótese, a pretensão poderá realizar-se contra o adverso ou contra o Estado-juiz.

Nesse ponto vale recuperar também a lição de Satta que estabelece a autonomia da ação a partir de um dualismo no conceito de direito subjetivo, quando percebe

[...] da un lato il diritto sostanziale (proprietà, obbligazione) che un soggetto ha verso l’altro soggetto, un diritto che attende la soddisfazione dalla prestazione dell’obbligato; dall’altro il diritto di azione, che non attende più nulla dall’altro soggetto, ma impone a questo l’attuazione della legge, e che può liberamente concepirsi o come un potere verso l’altro soggetto, o come un diritto verso il giudice e lo Stato.³⁵³

Para grande parte da doutrina processual, fiel ao conceito abstrato de ação, está ela representada por um poder abstrato que tem força de produzir um efeito jurídico. Essa concepção está atrelada à percepção de que também o titular da ação cujo pedido foi reconhecido improcedente exerceu direito de ação, ou, ainda, exerceu o seu poder de ação. Esse poder de ação, aliás, não era assim reconhecido no Direito Romano, quando, na *actio*,

³⁵² GUARINO, Antonio. Il Diritto e l’Azione nella Esperienza Romana. In: **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**. Napoli: Jovene, 1962. Tomo I. p. 393. “a ação consistirá, obviamente, na licitude de submeter a outra parte, ou quem por ela responsável à reintegração direta ou indireta do interesse violado” (tradução livre do autor).

³⁵³ SATTA, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959. p. 99. “de um lado o direito material (propriedade, obrigação que um sujeito tem em face de outro sujeito, um direito que espera a satisfação da pretensão do obrigado; de outro o direito de ação, que não espera mais nada do outro sujeito, mas impõe-lhe a atuação da lei, e que pode livremente conceber-se ou como um poder sobre o outro sujeito, ou como um direito em face do juiz e do Estado” (tradução livre do autor). Prossegue o autor dizendo, enfim, que “la verità è che l’azione non può essere intesa se non in una integrale visione dell’ordinamento giuridico, della quale costituisce il momento centrale ed essenziale, perchè è solo per essa che si può parlare di giuridicità dell’ordinamento”. “a verdade é que a ação não pode ser entendida se não numa integral visão do ordenamento jurídico, do qual constitui o momento central e essencial, porque é somente por ela que se pode falar de jurisdição do ordenamento” (tradução livre do autor).

“il far valere una pretesa infondata era, nella fase *in iure*, considerato come un agire *non recte*”³⁵⁴.

A mesma idéia de que a ação é um *poder* já havia sido sustentada por Chiovenda que identificou esse poder mais *em face do* adversário do que *contra* ele e, assim, acabou concluindo que a ação não pressupõe, necessariamente, a existência de alguma obrigação. Representante da teoria do direito concreto de ação, Chiovenda também percebeu que o exercício da ação depende do titular, afirmando que “l’azione si esaurisce col proprio esercizio, il quale è tutto nella volontà del titolare dell’azione, in quanto questi può contare sull’attuazione della legge”³⁵⁵.

A construção de Chiovenda permite concluir que, mesmo nos casos das ações infundadas ou improcedentes, existiu e foi exercido o direito de ação em face do adverso. Portanto, o direito de agir, para Chiovenda, apresenta-se como uma figura jurídica autônoma, necessariamente vinculada, como qualquer direito a um interesse, mas não necessariamente a um outro direito.

A vinculação do conceito de *ação*, com aquele de *jurisdição*, é proporcional à posição contemporânea que proíbe a autodefesa. Apenas o Estado pode atuar no sentido de garantir a observância do ordenamento jurídico, e essa atuação depende da vontade individual. É por isso que Monacciani permite-se afirmar que “l’azione in senso processuale, anche e prima di tutto come entità concettuale, è il riflesso del principio del monopolio statale della

³⁵⁴ ALLORIO, Enrico. **L’Ordinamento Giuridico nel Prisma Dell’Accertamento Giudiziale e Altri Studi**. Milano: Giuffrè, 1957. p. 33. “o fazer valer uma pretensão infundada era, na fase *in iure*, considerado como um agir *non recte*” (tradução livre do autor). Acerca do poder abstrato de ação, compreendido no processo contemporâneo, Allorio afirma que “presenta come oggetto precisamente la costituzione di un dovere del giudice ben individuato: quello di decidere sulla pretesa, che sarà stata sottoposta alla sua attenzione di organo giudicante: nel momento, in cui il dovere giurisdizionale del giudice deve essere *adempiuto*, è esattamente determinato anche il contenuto di questo dovere: decisione sulla pretesa, che gli è stata *in concreto* proposta, che ha formato *in concreto* materia della domanda giudiziale” (p. 32). “apresenta como objeto precisamente a constituição de um dever do juiz bem individuado: aquele de decidir sobre a pretensão, que terá sido submetida à sua atenção de órgão judicante: no momento no qual o dever jurisdicional do juiz deve ser cumprido, é exatamente determinado também pelo conteúdo desse dever: decisão sobre a pretensão, que lhe foi *in concreto* proposta, que formou *in concreto* matéria do pedido judicial” (tradução livre do autor).

³⁵⁵ CHIOVENDA, op. cit., 1993. p. 15. “a ação exaure-se com o próprio exercício, o qual depende da vontade do titular da ação, enquanto pode contar com a atuação da lei” (tradução livre do autor).

giustizia”³⁵⁶. É através do exercício do direito de ação que o autor promove a atuação do órgão jurisdicional, que fica obrigado a prestar a tutela jurisdicional.

É interessante, também, recuperar o peculiar conceito de Monacciani, para quem “l’azione è un potere non (del tutto) concreto nè (del tutto) astratto, e che dà diritto alla sentenza di mérito”³⁵⁷, utilizando tal conclusão para justificar o estabelecimento de um ponto de contato entre o Direito Material e o Direito Processual. Na verdade, esse processualista parte do conceito de Liebman, do direito a uma sentença de mérito. Essa concepção, contudo, peca porque terá de concluir, ao final, que também o réu teria o mesmo direito de ação, já que também ele seria titular de um mesmo direito à obtenção de uma sentença de mérito.

De qualquer maneira, é importante o alerta de Salvatore Satta³⁵⁸ que, depois de demonstrar a concepção dualística no conceito de direito subjetivo, percebe que tal compreensão esquece apenas de que o direito vive no concreto e que, nesse concreto, o direito objetivo e o direito subjetivo são uma coisa só, porque o ordenamento não se realiza senão nos sujeitos que são componentes e também resultantes do próprio ordenamento.

Ademais, o sistema processual aceita a responsabilidade do credor pela execução injusta, bem como a responsabilidade do litigante pelo pedido ou pela resistência injustas no processo de conhecimento. E, embora todas as posições em sentido contrário, o só fato de que

³⁵⁶ MONACCIANI, op. cit., p. 87. “a ação em sentido processual, também e acima de tudo como entidade conceitual, é o reflexo do princípio do monopólio estatal da justiça” (tradução livre do autor). Em momento anterior, o autor já afirmara que “l’azione consiste nel diritto di rendere efficiente il dovere dell’organo, la cui attività viene legittimamente stimolata” (p. 47). “a ação consiste no direito de tornar eficiente o dever do órgão, cuja atividade vem legittimamente estimulada” (tradução livre do autor).

³⁵⁷ MONACCIANI, op. cit., p. 88. “a ação é um poder não (de todo) concreto, nem (de todo) abstrato e que dá direito à sentença de mérito” (tradução livre do autor).

³⁵⁸ Diz Satta que “É, come si vede, tutto un lavoro di astrazione, che ha i suoi pregi, specie da un punto di vista didattico, ma che dimentica una cosa sola: che il diritto vive nel concreto, è anzi il concreto stesso, e pertanto la norma è ordinamento soltanto in quanto effettivamente un ordine si stabilisca, cioè la realtà si componga in un certo ordine, che costituisce la sua interiore norma. Allo stesso modo il diritto soggettivo è tale ed esiste come tale soltanto in quanto ci sia quell’ordine, nel concreto: ed è chiaro anzi che diritto soggettivo e diritto oggettivo nel concreto sono una cosa sola, perchè l’ordine non si realizza se non nei soggetti e nelle situazioni particolari dei soggetti che sono la componente e insieme la risultante dell’ordine” (SATTA, op. cit., 1959, p.100). “É, como se vê, todo um trabalho de abstração, que tem seus méritos, especialmente de um ponto de vista didático, mas que esquece uma única coisa: que o direito vive no concreto, é assim o concreto mesmo, e, portanto, a norma é ordenamento apenas enquanto efetivamente uma ordem estabeleça, ou seja, a realidade se componha numa certa ordem, que constitui sua norma interior. Do mesmo modo o direito subjetivo é tal e existe como tal somente enquanto exista aquela ordem, no concreto: e é claro ainda que direito subjetivo e direito objetivo no concreto são uma única coisa, porque a ordem não se realiza se não nos sujeitos e nas situações particulares dos sujeitos que são a componente e ao mesmo tempo a resultante da ordem” (tradução livre do autor).

tenha sido indubitavelmente exercido um poder abstrato de ação não impediria o nascimento de uma obrigação de ressarcimento do dano, se verificado a partir dessa conduta.

Embora as diversas teorias que procuraram formar o conceito de ação processual, essa categoria de ação processual somente se justifica a partir do instante em que produz um resultado equivalente ao da ação material. Se o titular da pretensão não encontrou satisfação fora da esfera jurisdicional, o recurso a essa via deverá implicar um resultado similar àquele que obteria, caso a satisfação da pretensão tivesse ocorrido de forma primária.

Então, para bem justificar a ação processual, seria necessário considerar o resultado material, sob pena de abstrair-se de tal forma o conceito que se permita a sustentação de um instituto incapaz de atender à pretensão do autor. Porém, o resultado material é irrelevante, ou indiferente, para a existência da ação processual. Na sentença de improcedência, há ação processual, embora a ação material seja declarada inexistente.

Ovídio Baptista da Silva afirma que a existência de ambas as ações é, em parte, “um problema de linguagem e da assunção de uma perspectiva correta”³⁵⁹ que permita reconhecer as duas perspectivas, uma de direito material e outra processual, capaz de transformar a primeira. Enfim, afirma o processualista, a questão é que se desenvolvem as teorias a partir do pressuposto certo da existência da pretensão e da ação de direito material quando, muitas vezes, o autor registra apenas uma *expectativa*.

Para alcançar a efetividade processual, a categoria da *ação processual* deve corresponder a uma *ação material*, sob pena de reconhecer-se a possibilidade de afirmação de

³⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2004b, p. 178.

uma ação que não possa atender a pretensão alguma, além de limitar-se à produção de uma declaração, inclusive nos casos em que diversa é a pretensão formulada.

4.2 ATIVIDADE JURISDICIONAL DECLARATIVA E CERTEZA JURÍDICA

A atividade jurisdicional declarativa satisfaz a uma das exigências do pensamento racionalista, contribuindo para o alcance da certeza e para o estabelecimento de um sistema jurídico onde possam afirmar-se a lógica e a exatidão. Não é suficiente, todavia, para a realização de todas as pretensões que se apresentam.

Perceber a exata dimensão dessa atividade, a partir da concepção da categoria de ação processual e da consideração de seus diversos modos de expressão, constitui um dos desafios para o processualista da modernidade.

Justifica-se essa análise a partir da classificação das ações de acordo com a eficácia do provimento reclamado pelo autor. Primeiro, para perceber o compromisso da doutrina processual com o paradigma racionalista, tão evidente e expresso a ponto de reduzir a jurisdição a uma atividade apenas declarativa, a partir da construção de uma teoria das ações atrelada à premissa de declaratividade: a classificação ternária, que teve ampla sustentação, é a refinada afirmação desse compromisso.

Depois, perceber as distorções que se produziram em relação a determinadas classes de ações que permitiram, inclusive, a criação de classe cuja separação carece de substrato no plano material, como é o caso da ação condenatória, afirmada no ordenamento, como categoria processual, sem a correspondente no plano material. Não que se trate de uma categoria criada pelo processo de forma espontânea e desprendida. O Direito Obrigacional, com suas peculiares características, encerra elementos capazes de justificá-la. Porém, talvez não com a precisa forma com que se apresenta no processo contemporâneo.

Essa criação processual foi possível pela tendência natural de especificação da perspectiva científica, também operada no processo, que reduz o objeto material da ciência a um objeto formal. Kaufmann percebe o perigo que esse desdobramento pode representar, exatamente pela limitação da perspectiva científica. Diz ele, assim, que

Tem-se assistido, precisamente nos tempos mais recentes, ao crescente desdobramento dos objectos materiais em sucessivos objectos formais [...], o que conduziu à progressiva especialização das ciências. Este processo, que dificilmente poderá ser travado, arrasta, forçosamente, consigo o perigo do estreitamento da perspectiva, que poderá passar a incidir sobre um “campo disciplinar” demasiado limitado. O contexto, o todo, o essencial, escapam ao olhar, o que torna ainda mais importante o papel da filosofia.³⁶⁰

Portanto, a criação do Direito Processual da categoria da ação condenatória, embora realizada a partir de um instituto de Direito Material, deve considerar essa perspectiva, a fim de que se garanta a realização das pretensões. E, ainda, é adequada a comparação da condenação com a ação declaratória, com o propósito de verificação das semelhanças e distinções entre as duas classes.

Ainda é importante observar que a declaratividade da função jurisdicional atende também a uma exigência do liberalismo moderno que privilegia o método exegético no Direito Processual. Essa constatação, percebida por Cristina Rapisarda, também produz a “tendenza a privilegiare i valori di libertà individuale rispetto ai poteri di intervento statale, in base ad una rigida osservanza del principio della divisione dei poteri”³⁶¹. Uma jurisdição que apenas declara representa menor intervenção dessa atividade nas funções estatais, mantendo-se a atividade executiva fora da atividade jurisdicional.

4.2.1 A Questão da Classificação das Ações Quanto à Eficácia do Provimento

A idéia de classificação das ações é decorrência da concepção de autonomia da ação que faz com que esta assuma um conceito puramente formal ou processual, fundado nas diferentes naturezas do provimento judicial.

Assim, no processo contemporâneo, a classificação das ações está distante do substrato material e tal classificação, de acordo com a eficácia do provimento, tem uma feição processual. Esse aspecto é reconhecido por Salvatore Satta, quando afirma “che pur essendo le azioni coordinate alla tutela di un interesse sostanziale, per il solo fatto di esercitarsi in un

³⁶⁰ KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., p. 28.

³⁶¹ RAPISARDA, op. cit., p. 15. “tendência a privilegiar os valores de liberdade individual relativamente aos poderes de intervenção estatal, baseada numa rígida observância do princípio da divisão dos poderes” (tradução livre do autor).

giudizio, esse presentano un necessario contenuto processuale e formale, che non deve essere scambiato com la essenza stessa dell'azione”³⁶².

De acordo com a eficácia do provimento reclamado, as ações do processo de conhecimento encontraram tríplice divisão, segundo parte dos processualistas: declaratórias, constitutivas e condenatórias. Tal concepção teve profundas raízes ideológicas, atravessando os séculos e mantendo a fidelidade do processo à idéia de que a feição romana da jurisdição tivesse apenas o propósito declarativo.

Essa divisão das ações em três categorias foi aceita por alguns dos processualistas contemporâneos que não incluíam nessa taxinomia mais do que as ações declaratórias, ou de mero *accertamento*, como referem os italianos, as ações constitutivas, hábeis a criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica e, enfim, a ação condenatória, reconhecida majoritariamente como aquela portadora de dupla pretensão, de declaração e de formação do título executivo, reduzindo-a inclusive à condição de procedimento prévio da execução.

De outro lado, divergindo dos autores que produziram tal classificação, firmou-se isoladamente Pontes de Miranda com sua célebre classificação quinária das sentenças, diferenciada pelo reconhecimento dado às ações mandamentais e executivas, respectivamente aquelas que contenham uma *ordem* e aquelas ações que se revelem capazes de realizar materialmente a pretensão do autor.

Há, no entanto, doutrinadores que realizam ainda uma classificação diversa: é o caso de James Goldschmidt que classificou as ações em declaratórias, condenatórias, constitutivas e mandamentais, definindo as ações condenatórias como aquelas que “persigue la obtención de una sentencia que condene al demandado a realizar determinada prestación en favor del demandante y, en alguns casos, exclusivamente a permitir la ejecución forzosa”³⁶³. Assim, de acordo com tal entendimento, a condenação não teria a restrita função de procedimento prévio

³⁶² SATTÀ, op. cit., 1959. p. 105. “que em sendo as ações destinadas à tutela de um interesse material, pelo só fato de exercitarem-se em juízo, apresentam um necessário conteúdo processual e formal, que não deve ser confundido com a essência mesma da ação” (tradução livre do autor).

³⁶³ GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 100. “busca a obtenção de uma sentença que condene o demandado a realizar determinada prestação em favor do autor e, em alguns casos, exclusivamente a permitir a execução forçada” (tradução livre do autor).

à execução. Porém, o mesmo processualista termina por tratar do conteúdo da condenação reconhecendo que, além da feição declaratória, também encerra a *ordem de execução* que se dirige ao órgão executivo.

Cai também Goldschmidt, então, na função dualista da condenação: declarar e produzir um mandado a outro órgão estatal, mandado capaz de inaugurar a execução. É por isso que, quando discorre sobre a ação mandamental, a quarta categoria que reconhece, Goldschmidt lhe dá conceito similar, porque trata de mandamental a ação que “se encamina a obtener un mandato dirigido a otro órgano del Estado, por medio de la sentencia judicial”³⁶⁴. E assim, para o processualista, ao final de contas, “la acción de condena es ya una acción de mandamiento”³⁶⁵.

Essa sustentação de Goldschmidt que não registra grandes divergências da doutrina que reduz a três as classes de ações – de pouco varia dizer que a condenação permite a execução forçada ou que encerra um comando dirigido a outro órgão do Estado a fim de permitir o início da execução – contempla uma atribuição de classificação mista, porque essa condenação registraria, além da função de permitir a execução, também o componente de mando.

A curiosa posição de Goldschmidt que se arrisca a classificar a ação condenatória também como mandamental, porque o título executivo conteria em si, também, o mandado dirigido ao órgão de execução tem, portanto, sustentação a partir do *comando* existente na sentença. E o argumento utilizado pelo processualista também merece atenção: traz o aspecto de que a *condemnatio* romana perdeu, no processo moderno, a sua feição privada e, assim, o título executivo que a condenação produz seria o bastante para agrupá-la entre as ações mandamentais. Nessa linha, sustenta ele, depois de afirmar também mandamental a condenação, que “esta circunstancia se explica sólo por el hecho de que la “condena” del

³⁶⁴ GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 113. “encaminha-se a obter um mandado dirigido a outro órgão do Estado, por meio da sentença judicial” (tradução livre do autor).

³⁶⁵ Id-Ibidem. “a ação de condenação já é uma ação de mandamento” (tradução livre do autor). Essa conclusão do processualista está fundada no argumento de que o título executivo, criado pela condenação, contém um mandato dirigido ao órgão de execução.

proceso moderno ha sobrepasado los efectos privados de la “condemnatio” de proceso romano, bajo el influjo de las concepciones jurídicas alemanas”³⁶⁶.

O entendimento de Goldschmidt é creditado a um “gravíssimo erro” por parte de Pontes de Miranda que a atribui à “confusão, corriqueira, entre *mandado intraprocessual*, que depende de mero despacho ou decisão interlocutória, e o *mandado sentencial*”³⁶⁷. É por isso que Pontes se permite concluir que a ordem, desprovida de eficácia de sentença, não pode ser compreendida como sentença mandamental.

Além disso, Pontes de Miranda repudia o entendimento de Goldschmidt, quando trata da ação mandamental, dizendo que “o *conteúdo* da ação de mandamento é obter mandado do juiz que não se confunde com o efeito executivo da sentença de condenação (sem razão, James Goldschmidt). A sentença de condenação pode conter, também, mandamento ao que executar a sentença, mas isso é outra questão”³⁶⁸.

Então, a relevante contribuição de Pontes de Miranda, que classificou essas mesmas ações do processo de conhecimento, de acordo com sua carga de eficácia, ou de resultado, em cinco espécies, acrescentando às declaratórias, constitutivas e condenatórias também as espécies mandamentais e executivas. Ao registrar a espécie condenatória, Pontes de Miranda a classifica como aquela que “supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado *contra direito*, ou tenha causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (*condamnare*)”³⁶⁹. Esse conceito, de fato, não é nem mesmo capaz de conceituar, porque em princípio todas as ações, também as constitutivas, declaratórias, executivas e mandamentais podem enquadrar-se nesse “obrar contra o direito”.

De qualquer maneira, o trabalho de Pontes de Miranda não justifica de forma satisfatória o estabelecimento da ação condenatória. Mesmo que se reconheça o contributo do jurista, manteve ele estreita ligação com o paradigma dogmático, afinado à herança do racionalismo. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva “A ‘teoria da constante quinze’,

³⁶⁶ GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 113. “essa circunstância explica-se apenas pelo fato de que a condenação do processo moderno superou os efeitos privados da “condemnatio” do processo romano, sob os influxo das concepções jurídicas alemãs” (tradução livre do autor).

³⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 10.

³⁶⁸ Idem, p. 283.

³⁶⁹ Idem, p. 121.

a reverência que Pontes prestou ao racionalismo, a sedução pelas soluções matemáticas, permitiu-lhe apear a relevantíssima construção das sentenças executivas e mandamentais [...] de modo que o sistema fosse afinal preservado”³⁷⁰.

Embora Pontes de Miranda tenha reconhecido que as ações acumulam diferentes eficácias³⁷¹, deixou de perceber que a ação condenatória registra uma peculiaridade dentre as cinco espécies: é a única que exige, para realização da pretensão nela afirmada, a utilização de um processo posterior. Ou seja, não há efetivamente a *ação*, mas apenas a *pretensão*. Isso Pontes fez a partir de uma concepção de que quem condena faz mais do que simplesmente declarar ou, nas palavras de Pontes, “condenar não é declarar a *injúria*; é mais: é ‘reprovar’, ordenar que sofra”³⁷². De fato, Pontes deixou de considerar que a condenação não realiza a pretensão do autor, que terá de socorrer-se de outra ação.

Quem busca em juízo apenas uma declaração prescinde de qualquer outra providência, tão logo obtida a prestação jurisdicional. Os efeitos *ex tunc* da declaração realizam-se pelo próprio provimento judicial. Igualmente, aquele que pretende criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica – e o faz mediante a ação constitutiva – tem na ação proposta a suficiência para sua pretensão.

Igualmente o autor que pode valer-se da ação mandamental e da ação executiva: o provimento judicial realiza a própria pretensão do autor, sendo desnecessária a utilização de processo judicial posterior. No entanto – situação diversa e peculiar registra o autor que se vê obrigado a trilhar o caminho da ação condenatória: uma vez alcançado o provimento jurisdicional condenatório, se o réu não cumprir voluntariamente a condenação, o autor ver-se-á forçado a requerer nova providência jurisdicional, desta vez para obter o cumprimento da condenação.

³⁷⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **A Ação Condenatória como Categoria Processual**. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001b. p. 249.

³⁷¹ Na classificação quinária das ações, Pontes de Miranda reconhece que as ações registram diferentes cargas de eficácia, havendo de apurar-se a preponderante para realizar a classificação.

³⁷² PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 209.

Ainda que recente modificação na Lei Processual³⁷³ tenha suprimido essa necessidade de propositura de processo posterior, mantém-se a separação da condenação e execução em fases distintas, quando se trata de obrigação de pagar.

Essa organização em fases distintas e para um único fim, certamente conspira contra a efetividade do processo³⁷⁴, mas tem suas raízes ainda no Direito Romano que acaba determinando alguns institutos do Direito Processual Contemporâneo, sustentados numa visão exegética e dogmática que atende a compromissos ideológicos.

4.2.2 A Afirmação da Condenação no Processo Contemporâneo

A equivocada compreensão do conceito de condenação implica distorção de outros institutos, decisivos para a Ciência Processual. Por exemplo, é a partir da condenação que os juristas construíram a Teoria da Ação, criando a categoria das ações processuais e, ainda, se permitiram desvirtuar outros institutos, comprometendo decisivamente o cumprimento do papel do Direito Processual, como é o caso da ação reivindicatória.

Para inúmeros processualistas, a condenação representa o estabelecimento da certeza acerca de um fato jurídico que implica uma sanção. Trata-se de atividade declaratória do juiz, que contém a imposição da responsabilidade. No entanto, diversas foram as teorias que procuraram explicar a condenação.

Na célebre *Polemica Intorno all'Actio*, Windscheid³⁷⁵ percebe a vinculação da ação com a obrigação, apontando que a *actio* romana é a expressão imediata da *obligatio*, reconhecendo inclusive que se utiliza freqüentemente a expressão *actio*, quando se quer designar a *obligatio*.

³⁷³ A Lei Federal 11.232/05 alterou a concepção de sentença, que deixa de ser o ato pelo qual o juiz põe fim ao processo, passando a compreender-se como o ato pelo qual o juiz julga o processo. Isso conduz à desnecessidade de propositura de processo de execução posterior, tornando a execução uma fase do processo.

³⁷⁴ FRANCISCI, op. cit., p. 556.

³⁷⁵ Refere Windscheid que “l'*actio* è l'espressione immediaa ed esauriente del diritto di credito, dell'*obligatio*, ed è noto che le nostre fonti parlano frequentemente di *actio*, quando vogliono designare l '*obligatio* '”. (WINDSCHEID; MUTHER, op. cit., p. 11). “a *actio* é a expressão imediata e exauriente do direito de crédito, da *obligatio*, e percebe-se que as nossas fontes falam freqüentemente de *actio*, quando desejariam designar a *obligatio*” (tradução livre do autor).

Mas ele mesmo reconhece que a *actio* não se limita à *obligatio*, porque *actio* é a expressão utilizada para indicar a pretensão e, ainda, a expressão que serve para indicar aquilo que se pode pretender de outro. Ele mesmo, enfim, observa que os romanos utilizavam *actio* para designar tanto um direito processual como um direito material, embora tenha admitido que “l’ordinamento giuridico romano non è l’ordinamento dei diritti, ma l’ordinamento delle pretese (*Ansprüche*) giudizialmente perseguibili”³⁷⁶.

Calamandrei conceitua a condenação a partir da transformação da obrigação do devedor, transformado pelo comando condenatório de sujeito ativo em objeto passivo da vontade de outro, em relação ao cumprimento da obrigação. É assim que situa a característica essencial da condenação na “transformazione dell’obbligo, per il cui adempimento il diritto contava sulla volontà attiva dell’obligato, in assoggettamento passivo alla forza altrui, contro la quale la volontà del condannato non conta più”³⁷⁷. Assim, Calamandrei reconhece a condenação como transformação da obrigação em sujeição do devedor à vontade do credor.

Ainda para Calamandrei, somente existe a condenação quando, a partir da sentença, a relação de obrigação torna-se uma relação de sujeição. Essa sujeição, que assola o devedor e que inicialmente era apenas obrigação, passível de voluntário cumprimento, representa a função que o processualista reconhece para a sentença condenatória, através da qual “il condannato è posto alla mercè degli organi esecutivi, e costretto a subire passivamente la esecuzione forzata come un male inevitabile”³⁷⁸.

Então, para Calamandrei, a condenação representa uma sujeição do devedor, a criação de um Estado novo e não simplesmente a aplicação de sanção. É por isso que afirma:

A través de la condena, con la cual el juez autoriza a los órganos ejecutivos para que apliquen la coacción, se opera la que puede denominar-se la *conversión de la obligación en sujeción a la fuerza física*: antes de la condena, el destinatario del precepto jurídico, era un *obligado*, a la activa e voluntaria colaboración del cual estaba confiado el cumplimiento de la obligación y, por consiguiente, la observancia

³⁷⁶ WINDSCHEID; MUTHER, op. cit., p. 8. “o ordenamento jurídico romano não é o ordenamento dos direitos, mas o ordenamento das pretensões (*Ansprüche*) judicialmente possíveis de serem perseguidas” (tradução livre do autor).

³⁷⁷ CALAMANDREI, Piero. **La Condanna**. Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1972. Vol. V. p. 491. “transformação da obrigação, para cujo adimplemento o direito contava com a vontade ativa do obrigado, em assujeitamento passivo da força alheia, contra a qual a vontade do condenado não conta mais” (tradução livre do autor).

³⁷⁸ Idem, p. 492. “o condenado é posto à mercê dos órgãos executivos, e forçado a tolerar passivamente a execução forçada como um mal inevitável” (tradução livre do autor).

del derecho; después de la condena, el mismo se convierte en un *subiectus*, pasivamente expuesto a la fuerza, la voluntad del cual no tiene ya relevancia alguna frente a los medios coercitivos que, quiera o no quiera, el Estado pone en obra, contra él, sin tener para nada en cuenta su autonomía y la intangibilidad de su esfera jurídica.³⁷⁹

Em síntese, Calamandrei reconhece um vínculo na condenação, compreendido pelo estabelecimento de uma limitação da liberdade do devedor que, agora condenado, submete-se à possível intervenção estatal, através da coação. Porém, esse vínculo é meramente processual, dependente da atuação da jurisdição que, por sua vez, está atrelada à vontade do credor em promover a execução da condenação.

A natureza da situação declarada foi o ponto do qual partiu Chiovenda que também sustentou a condenatória como a produção de um Estado jurídico novo frente ao adversário, quando afirmou que “l’azione è dunque a mio parere un diritto potestativo, anzi è il diritto potestativo per eccellenza”³⁸⁰, e, a partir dessa concepção, percebeu a existência da sujeição do adversário ao exercício desse poder, de parte do autor.

Carnelutti seguiu a teoria da natureza da situação jurídica declarada, afirmando que “la condena a su vez se resuelve en la declaración de certeza de la responsabilidad”³⁸¹. Além disso, em obra distinta, Carnelutti destaca a presença de “otro elemento de la sentencia de condena: la orden de ejecución”³⁸². Numa linha similar, Kisch representou a teoria fundada na declaração da pretensão, afirmando que a sentença condenatória é aquela que é “estimatoria de la pretensión”³⁸³.

³⁷⁹ CALAMANDREI, op. cit., 1973, p. 171. “Através da condenação, com a qual o juiz autoriza aos órgãos executivos para que apliquem a coação, opera-se o que se pode denominar de *conversão da obrigação em sujeição à força física*: antes da condenação, o destinatário do preceito jurídico era um obrigado, à ativa e voluntária colaboração do qual estava confiado o cumprimento da obrigação e, por conseguinte, a observância do direito; depois da condenação, o mesmo converte-se em um *subiectus*, passivamente exposto à força, a vontade do qual já não tem relevância alguma frente aos meios coercitivos que, queira ou não, o Estado põe em atividade contra ele, sem considerar sua autonomia e a intangibilidade de sua esfera jurídica” (tradução livre do autor).

³⁸⁰ CHIOVENDA, op. cit., 1993, p. 23. “concluindo, a ação é, em meu sentir, um direito potestativo, ou melhor, é o direito potestativo por excelência” (tradução livre do autor).

³⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971. p. 57. “a condenação por sua vez resolve-se na declaração de certeza da responsabilidade” (tradução livre do autor).

³⁸² CARNELUTTI, op. cit., 1952, p. 207. “outro elemento da sentença de condenação: a ordem de execução” (tradução livre do autor).

³⁸³ KISCH, Wilhelm. **Elementos de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Leonardo Prieto Castro. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940. p. 330. “estimatória da pretensão” (tradução livre do autor).

A teoria que explicou a ação condenatória a partir do *comando* foi sustentada por James Goldschmidt, dizendo que “el contenido de la acción de condena es siempre la obtención de un fallo condenatorio”³⁸⁴, ou seja, pressupõe a condenação a expedição de comando ao órgão executivo. A crítica que se faz a essa teoria é a de que o *comando* não decorreria propriamente da sentença, mas se justificaria em decorrência da própria lei.

Interessante é o entendimento de Ugo Rocco acerca da ação condenatória, que percebe nessa espécie de ação, uma *injunção*, a partir da qual o Estado impõe a observância de uma conduta que tenha sido declarada como devida por um sujeito frente a outro. Diz o processualista, assim, que “mediante questa *ingiunzione*, lo Stato si sostituisce all’*avente diritto* nei richiamare il subietto dell’obbligo giuridico, che è stato accertato, alla osservanza del diritto”³⁸⁵. A partir dessa concepção, Rocco reconhece que, antes de proceder na realização forçada do Direito, o Estado chama o titular da obrigação ao adimplemento, “*ingiungendo di uniformare la propria condotta al precetto del diritto*”³⁸⁶. No entanto, a condenação ainda permite a livre atuação do obrigado que pode, ou não, cumprir a sentença que o condenou.

No caso de descumprimento da condenação, o Estado substitui-se novamente frente ao obrigado inadimplente que não adimpliu espontaneamente a obrigação: é a execução forçada que realiza a conduta recusada pelo obrigado. É por isso que Ugo Rocco permite-se dizer que “nelle azioni di condanna la prestazione di condanna (sentenza di condanna), altro non è che il mezzo ed il punto di passaggio, tra l’accertamento del diritto e la realizzazione coattiva di esso”³⁸⁷. Assim, para o processualista, a condenação representa uma passagem entre declaração e execução. Explica-se tal, certamente, pela concepção do autor acerca do caráter de injunção que entende presente na condenação.

Liebman sustentou a condenação a partir da aplicação da sanção, dizendo que “a condenação representa exatamente o ato do juiz que transforma a regra sancionadora de

³⁸⁴ GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 103. “o conteúdo da ação de condenação é sempre a obtenção de uma sentença condenatória” (tradução livre do autor).

³⁸⁵ ROCCO, op. cit., p. 50. “mediante esta injunção, o Estado substitui ao que tem direito, na reclamação diante do sujeito da obrigação jurídica, que foi declarada, à observância do direito” (tradução livre do autor).

³⁸⁶ Id-Ibidem. “ordenando a adequar a própria conduta ao preceito do direito” (tradução livre do autor).

³⁸⁷ Idem, p. 113. “nas ações de condenação a prestação de condenação (sentença de condenação) outra coisa não é que o meio e o ponto de passagem, entre a declaração do direito e a sua realização coativa” (tradução livre do autor).

abstrata e latente em concreta, viva, eficiente”³⁸⁸. Refere, aliás, que essa aplicação em concreto da sanção constitui a novidade da condenação em relação à simples declaração.

Embora não represente um aspecto decisivo, no campo prático releva considerar que, para alguns autores, como Salvatore Satta, a condenação encerra também um caráter constitutivo que é diverso do direito obrigacional e que se representa pelo direito ao efetivo alcance do bem devido, expresso concretamente, como refere o processualista, “nell’azione esecutiva che sorge dalla condanna stessa”³⁸⁹. Ainda, Aldo Attardi também refere concordar com “il contenuto caratteristico della sentenza di condanna nella costituzione di uno stato di soggezione dell’obbligato”³⁹⁰ e, a partir desse estado de sujeição, reconhece o liame que liga a condenação à sucessiva execução forçada.

A natureza similar à da ação constitutiva, todavia, é rechaçada por Mandrioli, especialmente sob o argumento de que nas ações constitutivas, tal qual nas declarativas, “la tutela giurisdizionale si esaurisce fruttuosamente”³⁹¹, enquanto que na sentença condenatória apenas se esgota uma fase da prestação da tutela.

Como se observa, embora as diferentes teorias que procuraram explicar a ação condenatória, os processualistas mantêm uma posição dogmática acerca da condenação, buscando sustentá-la em argumentos de duvidosa validade. Dizer que a condenação permite a propositura da execução, ou que faz uma sujeição do devedor ou, ainda, que é a aplicação da sanção no caso concreto não parece constituir justificativa razoável para garantir a afirmação do comando condenatório.

A verdade é que, fiel aos seus compromissos ideológicos, a ação condenatória atravessou o tempo, sustentando-se como um dos institutos do processo civil, mesmo diante

³⁸⁸ LIEBMAN, op. cit., 1963, p. 15.

³⁸⁹ SATTA, op. cit., 1959, p. 217. “na ação executiva que surge da própria condenação” (tradução livre do autor).

³⁹⁰ ATTARDI, Aldo. *L’Interesse ad Agire*. Padova: CEDAM, 1958. p. 103. “o conteúdo característico da sentença de condenação na constituição de um estado de sujeição do obrigado” (tradução livre do autor).

³⁹¹ MANDRIOLI, op. cit., p. 310. “a tutela jurisdizional se exaure fruttuosamente” (tradução livre do autor). O autor esclarece que “nella categoria delle sentenze di mero accertamento ed in quella delle sentenze costitutive si há contestualmente un accertamento del rapporto di sanzione e la sua attuazione, mentre nella categoria delle sentenze di condanna il rapporto di sanzione è soltanto accertato nella sua esigenza di attuazione attraverso un’ulteriore attività giurisdizionale”. “na categoria das sentenças de mera declaração e naquela das sentenças constitutivas há contextualmente uma declaração da relação de sanção e a sua atuação, porém na categoria das sentenças de condenação a relação de sanção é apenas declarada na sua exigência de atuação através de uma posterior atividade jurisdizional” (tradução livre do autor).

das sucessivas e quase que inacreditáveis mudanças por que passou a sociedade. E a relevância da investigação acerca do efetivo papel da ação condenatória é claramente percebida por Ovídio Baptista da Silva, quando afirma que

A atualidade da análise do conceito de condenação revela-se quando se constata que foi através dela que se manteve o sistema exageradamente “privatizado”, através da redução de todo o direito material ao Direito das Obrigações, de modo que a execução ficasse limitada às execuções promovidas por *credores* contra *devedores*, como está dito no art. 566, com que nosso CPC abre o Livro da “execução em geral.”³⁹²

Essa privatização do processo, produto da redução do direito material ao Direito das Obrigações, operou uma deficiência na compreensão do conceito de pretensão, deixando de fora as ações executivas e mandamentais – que representariam os interditos romanos – e, como refere Ovídio Baptista da Silva “para assegurar o vínculo do Direito Processual com a doutrina da “divisão dos poderes”³⁹³. De fato, a atividade jurisdicional resta limitada à função de dizer o direito, relegando-se a atividade executiva para momento posterior do ato jurisdicional.

O componente ideológico do processo não é percebido pelos seus operadores, porque é da essência da ideologia a dissimulação: aquele que está envolvido no processo não é capaz de reconhecê-la, como afirma Paul Ricoeur: “A ideologia designa, então, inicialmente, alguns processos dissimulatórios, distorcidos, pelos quais um indivíduo ou um grupo expressa a sua situação, mas sem o saber ou sem o reconhecer”³⁹⁴.

Esse componente ideológico que permeia o Direito Processual Civil permitiu sua afirmação como ciência autônoma e descomprometida com a realização do direito material. Serviu, por outro lado, a consolidar a formação dogmática, através da criação de institutos vinculados à herança do racionalismo. Entre eles está a própria sustentação das *ações processuais* que prescindem dos fatos sobre os quais deverão incidir.

³⁹² BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2001b, p. 248.

³⁹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Direito Material e Processo. **Revista Jurídica**, São Paulo: Nota, n. 321, p. 16, dez./jul. 2004a.

³⁹⁴ RICOEUR, Paul. **Ideologia e Utopia**. Tradução de Teresa Louro Perez. Rio de Janeiro: Edições 70, 1986. p. 66.

É possível afirmar que a justificação doutrinária da ação condenatória foi responsável pelo estabelecimento do conceito de ação processual. Essa construção conceitual de *ação como categoria meramente processual* permite manter-se fiel à cientificidade, prescindindo dos fatos: é a exatidão científica, verdadeira homenagem que, ao longo do tempo, o processo continua prestando ao Racionalismo.

Essa construção é produto de uma abstração processual, sustentada nas diversas teorias criadas com o propósito de explicar e justificar os conceitos de ação. O interessante é que, para manter a fidelidade ao Racionalismo, o processo deixou de lado corretas e adequadas formulações, entendendo-as “superadas”. Assim é que Ovídio Baptista da Silva afirma que a Teoria Civilista da Ação, repudiada pelos processualistas modernos, expressa efetivamente o adequado conceito de ação de direito material:

O que se indica como teoria “civilista” da ação corresponde, portanto, à “ação de direito material”, ação de quem tem direito! A chamada “teoria civilista”, ao contrário do que se tem dito, não é uma errônea compreensão da “ação” processual. É uma corretíssima definição da ação de direito material!³⁹⁵

O direito material e o direito formal também expressam a relação entre direito e fim, reconhecida por Radbruch e definida a partir de que o direito nasce de determinados fins e, no entanto, é obrigatório independentemente desses fins. A partir disso, é possível dizer que “o direito processual (*formal*), adjectivo, tem por fim, como é sabido, auxiliar a realização do direito substantivo (*material*), e contudo ele vale pelo que é; é obrigatório, não só no caso de não auxiliar coisa alguma, como até mesmo no de prejudicar essa realização”³⁹⁶.

É possível, ainda, recuperar o pensamento de Pontes de Miranda, quando aponta que “os dois ordenamentos jurídicos, o material e o processual, são distintos, suscetíveis de linhas discretivas, mais ou menos precisas; porém, isso não quer dizer que não haja contactos e reações, que levem, de um a outro, maior eficiência, ou a diminuem”³⁹⁷.

O Direito Processual obriga mesmo nos casos em que não realize a função para a qual foi criado. Tal conclusão permite dizer que a criatura insurge-se contra o criador,

³⁹⁵ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2004a, p. 18.

³⁹⁶ RADBRUCH, op. cit., 1979, p. 343.

³⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 25.

desvinculando-se dos fins que a justificaram. E, também, é possível perceber a tendência de transformação dos meios em fins que denota a “fragilidade e a discutibilidade de todo o direito”, como assinala Radbruch.³⁹⁸

Ainda é possível perceber que, no Direito Romano, a ação estava intimamente ligada ao direito material a ser tutelado. Indicava, muitas vezes, a atividade material do sujeito ou, como diz Antônio Guarino, “relativamente all’actio, è altresì da notare che spesse volte la si trova menzionata dalle fonti come surrogato del diritto subbietivo (ma, si badi, non come sinonimo di questo)”³⁹⁹.

É, portanto, necessário concluir que o sistema processual contemporâneo trata da condenação a partir de um enfoque restrito, deixando de considerar o conjunto circunstancial que a envolvia no Direito Romano. Se existia a condenação perante o juiz privado romano, também coexistiam os interditos, as cominações de penas para a hipótese de descumprimento da condenação, que funcionavam como coadjuvantes, no sentido de buscar conferir efetividade ao processo.

Esses elementos não vieram ao sistema processual contemporâneo, ao menos como instrumentos coadjuvantes da condenação, de forma que a *condemnatio* afirmou-se isoladamente, deixando para trás aqueles outros instrumentos que garantiam a realização das pretensões no Direito Romano.

É provável que uma das causas desse fato resida, exatamente, no caráter das ações do Direito Romano, que eram compreendidas isoladamente, como instrumentos distintos. É assim que Jhering resume a questão, aduzindo que “a idéia geral da proteção jurídica se fraccionava através do prisma da inteligência romana numa soma de ações isoladas, completamente determinadas, podendo contar-se uma a uma”⁴⁰⁰. Jhering reconhece que as raízes desse conceito romano de ação acham-se expressas no sistema das ações da lei, ou *legis actiones*, que afirmaram, pela primeira vez, a idéia de individualidade jurídica que serve de base à ação.

³⁹⁸ RADBRUCH, op. cit., 1979, p. 346.

³⁹⁹ GUARINO, op. cit., p. 397. “relativamente à *actio* é também de observar que muitas vezes encontra-se referida nas fontes como subrogada do direito subjetivo (mas, atenção, não como sinônimo deste)” (tradução livre do autor).

⁴⁰⁰ JHERING, op. cit., p. 239.

Mas o que representa, efetivamente, o comando condenatório?

A condenação é uma categoria processual, já que não existe a categoria *material* de ação condenatória. Tal circunstância também é percebida por Salvatore Satta, quando diz que

[...] basta in proposito osservare la palese assurdità di dire che il creditore ha per la tutela del suo diritto un'azione (sostanziale) di condanna, quando vi sono dei casi in cui la condanna non è affatto necessaria per conseguire la soddisfazione dell'interesse, nè si potrebbe per questo dire che il creditore non abbia azione.⁴⁰¹

Liebman, analisando a mesma questão, não conseguiu perceber a inexistência da ação condenatória no plano material, embora tenha utilizado exatamente esse aspecto para justificar a condenação. Diz o processualista que “enquanto os fatos da vida corrente tornam concretas as regras abstratas contidas nas normas do direito material, não são suficientes para tornar concretas as regras sancionadoras, para o que se necessita uma operação que o juiz realiza mediante a sentença condenatória”⁴⁰².

Em verdade, Liebman chega a perceber que não haveria a ação condenatória no plano material, mas apegando-se à idéia de que toda a relação nasce e vive mergulhada no ordenamento jurídico, o qual dispõe dos meios coativos necessários, acaba creditando a percepção a um equívoco e, assim, afirma que “poderá parecer que, deste modo, a relação de direito material, considerada isoladamente, não proporciona a seu titular nenhum meio para reagir contra a falta de adimplemento. Mas o erro está justamente em considerá-la isolada e só, e pretender ao mesmo tempo encontrar nela os indispensáveis remédios coativos”⁴⁰³.

É possível, assim, constatar que Liebman aproximou-se da percepção da inexistência da ação condenatória no plano material. Porém, ao invés de investigar as evidentes diferenças que se apresentam entre a ação processual condenatória e as demais, com as respectivas correspondentes no plano material, o processualista agarra-se ao dogmático argumento de que o ordenamento jurídico, onde gravitam as relações jurídicas, dispõe dos aparelhos coativos

⁴⁰¹ SATTÀ, op. cit., 1959, p. 219. “é suficiente, a propósito, observar o evidente absurdo de dizer que o credor tem para a tutela do seu direito uma ação (material) de condenação, quando existem casos em que a condenação não é de fato necessária para alcançar a satisfação do interesse, e não se pode por isso dizer que o credor não tenha ação” (tradução livre do autor).

⁴⁰² LIEBMAN, op. cit., 1963, p. 21.

⁴⁰³ Idem, p. 29.

necessários. Essa posição dogmática, quase que numa análise exegética, impediu o processualista de reconhecer a inexistência da ação condenatória no plano material.

Acerca da ação condenatória, Botelho de Mesquita afirma que “não visa diretamente à produção de nenhum efeito de direito material. A expressão sacramental ‘condeno o réu’ a cumprir tal ou qual obrigação, não produz qualquer alteração na obrigação em si mesma, que continua a ser o que antes da sentença já era”⁴⁰⁴. A partir daí, Botelho de Mesquita permite-se concluir que os efeitos da condenação são unicamente processuais.

Assim, o que faltou para Liebman notar, exatamente, é que o titular da relação não poderá exigir do *devedor* um comportamento que se assemelhe ao resultado prático da condenação. No entanto, tal aspecto foi habilmente percebido por Ovídio Baptista da Silva, quando diz:

[...] no plano do direito material, o titular do direito (verdadeiro titular, porque no direito material não existem os falsos titulares de direito) pode *exigir* (exercer pretensão) do destinatário do dever jurídico que ele declare, crie ou desfça uma certa relação jurídica, execute ou cumpra ordens, derivadas de exercício regular do direito, porém não haverá lugar para que ele exija do *devedor* um certo comportamento que se possa identificar como o exercício ou o resultado de uma condenação.⁴⁰⁵

Não pretende dizer o processualista, com isso, que a condenação seja uma criação livre do processo ou, como ele mesmo refere, “a sentença condenatória existe porque, no plano do direito material, existe uma relação obrigacional de que ela se origina, e a que o processo haverá de ficar estruturalmente vinculado”⁴⁰⁶.

Ainda a propósito dessa questão, Buzaid não percebeu esse importante elemento, quando afirmou que “a sentença condenatória, ao contrário, não se consuma em si mesma: ela é proferida em vista da possibilidade de que, perdurando o inadimplemento do devedor, deva o credor pedir a execução; a sentença condenatória atribui-lhe esta faculdade e é condição necessária e suficiente do pedido correspondente”⁴⁰⁷. Ora, se perdurando o inadimplemento, o

⁴⁰⁴ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Da Ação Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 104.

⁴⁰⁵ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2001b, p. 233.

⁴⁰⁶ Idem, p. 234.

⁴⁰⁷ BUZAID, Alfredo. **A Ação Declaratória no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 135.

credor ainda deverá *pedir a execução*, como refere Buzaid, então é necessário concluir, de acordo com o lúcido ensinamento do Professor Ovídio, que no plano material não há a correspondência com o resultado da condenação, o que demonstra que se trata de uma criação do Direito Processual, a partir da relação obrigacional existente.

4.2.3 Declarar e Condenar: Atividades Processuais Distintas?

Posta a condenação nestes termos, uma questão importante que se coloca é aquela relativa à diferença efetiva entre condenação e a declaração, tradicionalmente tratadas de forma bem distinta pela doutrina processual. Em regra, um dos fundamentos que sustenta essa diferença é o de que apenas a condenação prepara a execução forçada. Desde já, contudo, é possível afirmar que não têm razão os processualistas que sustentam a diferença entre condenação e declaração, aí incluído também Pontes de Miranda.

A doutrina, em geral, reconheceu à condenação o efeito de preparar a execução e, partindo daí, diferenciou-a da declaração. Scialoja reconhecia o caráter inerente à condenação, já no Direito Romano, de uma pré-condição para o processo de execução, quando afirma que “La condena, pues, es la última parte de la formula, y aquella con que se llega a un resultado ejecutivo; el juez, *si paret* todo lo que está contenido en la *demonstratio* y en la *intentio*, condena; *si no paret*, absuelve [...]”⁴⁰⁸.

Pontes de Miranda foi muito claro e preciso nessa diferença e, mesmo reconhecendo as diferentes cargas eficaciais que poderiam estar presentes nas ações, repeliu as opiniões que pudessem conduzir à semelhança entre declaração e condenação. Disse, assim que “alguns escritores pretenderam definir a sentença de condenação como a sentença em que se declara a violação de uma obrigação ou eventualmente a lesão de um direito; mas é evidente o equívoco que nasce de se empregar o termo ‘declarar’ sem se lhe medir o conteúdo”⁴⁰⁹. Afirma Pontes, a partir dessa idéia, que na condenação a sentença tem como efeito *normal* o efeito executivo, exatamente pela potencialização da execução. Não se pode, todavia, concordar com tal proposição.

⁴⁰⁸ SCIALOJA, op. cit., p. 161. “A condenação, pois, é a última parte da fórmula e aquela com a qual se chega a um resultado executivo; o juiz, *si paret* tudo o que está contido na *demonstratio* e na *intentio*, condena; *si non paret*, absolve [...]” (tradução livre do autor).

⁴⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 282.

Ao examinar a ação declaratória no Direito Brasileiro, Liebman também vai na mesma linha, dizendo que “a declaratória contenta-se com verificar como estão as coisas, ao passo que a condenatória, além disso, visa as conseqüências do ato ilícito pelo qual é responsável o réu. É uma simples verdade que a condenação prepara a execução”⁴¹⁰. Não escapa Liebman, pois, de afirmar a diferença entre as duas espécies sob o argumento de que a condenação prepara a execução. Talvez essa afirmação do processualista decorra da concepção por ele defendida, de que “a natureza da ação se caracteriza pela sua finalidade e não por seus pressupostos”⁴¹¹.

Por sua vez, o Professor Alfredo Buzaid trilha exatamente esse caminho, realizando uma incursão pela teoria das ações, com o propósito de esclarecer a natureza da declaração. E, depois de repelir a teoria da ação declaratória como assecuratória, defendida por Degenkolb e Plosz, Buzaid diferencia a condenação da declaração nos seguintes termos: “O fundamento da condenação é a ameaça, ou violação do direito. A declaratória se funda normalmente no estado de incerteza. Nesta se objetiva tão somente a declaração, destituída de qualquer condenação. A ação de prestação objetiva condenar, preparando assim a via da execução forçada”⁴¹².

É de concordar com Buzaid, no tocante à não aceitação da teoria que reconheça a declaração uma simples caução, ou uma medida assecuratória, como pretendiam Degenkolb e Plosz. Porém, não é possível aceitar os argumentos de que se utiliza para diferenciar condenação da declaração.

Nesse sentido, Chiovenda sustentara não ser possível cogitar-se da declaração apenas quando existe uma ameaça, ou da condenação como garantia contra a violação do direito, porque pode haver uma declaração mesmo quando já concretizada a violação e, assim, a ameaça pode ser um dos justificadores da ação declaratória, mas não o único. Além disso, referindo-se ao caso da condenação em futuro, dizia o processualista que “può aversi una condanna quando la violazione non è ancora compiuta”⁴¹³. Assim, não é esse o argumento que serve para distinguir as duas espécies de ações.

⁴¹⁰ LIEBMAN, op. cit., 1963, p. 14.

⁴¹¹ Idem, p. 20.

⁴¹² BUZAID, op. cit., p. 121.

⁴¹³ CHIOVENDA, op. cit., 1993, p. 65. “pode ter-se uma condenação quando a violação não está ainda concluída” (tradução livre do autor).

De fato, é preciso perceber que a ameaça ou a violação do direito não se constituem no fundamento exclusivo da condenação, porque também poderiam servir para sustentar a simples pretensão declaratória. O exemplo típico é o da revisão do contrato de mútuo, sempre que o devedor entender que está violado seu direito e formular pretensão que apenas *declare* o valor efetivamente devido. Terá havido a violação do direito, fundamentando uma ação apenas declaratória. Por outro lado, se a declaratória normalmente se funda no estado de incerteza, como diz Buzaid, o mesmo ocorre em relação à condenação. Aliás, se houvesse a certeza, para aquele que busca a condenação, possivelmente poderia valer-se da ação de execução *stricto sensu*, certamente por já registrar um título executivo, dispensando a ação condenatória.

Assim, não é razoável essa justificativa trazida por Buzaid. Na melhor das hipóteses pode-se dar apenas guarida à sua afirmação de que a condenação prepara a execução forçada e, ainda assim, fazê-lo em face da construção da dogmática processual que recusa força executiva à simples declaração.

Por outro lado, existem sustentações contrárias que, ao menos, tratam a declaração e a condenação de forma mais próxima. É o caso de Alfredo Rocco que, afeiçoado à teoria do direito abstrato da ação, aborda a questão trazendo idéia que repudia qualquer diferença entre sentença declaratória e condenatória. Porém, reconhece um “exagero” não perceber na sentença condenatória nada além de uma declaração, dizendo que “el elemento del mandato es innegable en ella”⁴¹⁴.

Assim, Alfredo Rocco conclui que ambas as sentenças possuem um elemento comum, que é a declaração de uma relação ou de um fato jurídico. Essa declaração, para o processualista, é a essência do conceito da própria sentença, “la declaración del derecho en los casos concretos es la función esencial de la sentencia”⁴¹⁵, mas a sentença também pode agregar outras funções, ou atos de natureza diversa, como ocorre no caso da sentença

⁴¹⁴ ROCCO, Alfredo. **La Sentencia Civil**. Traducción de Mariano Ovejero. Madrid: La España Moderna, 1962. p. 167. “o elemento de mandato é inegável nela” (tradução livre do autor).

⁴¹⁵ Idem, p. 168. “a declaração do direito nos casos concretos é a função essencial da sentença” (tradução livre do autor).

condenatória. Num tempo mais recente, seguiu na mesma linha Aldo Frignani⁴¹⁶, para quem, embora a condenação tenha como pressuposto uma declaração, não é possível afirmar-se que se trate de uma única ação.

Então, para Alfredo Rocco, a diferença existente entre as sentenças declaratórias e as condenatórias reside exatamente na relação que se estabelece entre a condenação e a execução forçada: para ele, somente neste ponto está a diferença entre as duas sentenças: a possibilidade de ensejar a execução⁴¹⁷ o que, enfim, não diverge muito das afirmações dos demais processualistas.

Essa possibilidade de ensejar a execução, que seria apenas inerente à ação condenatória, é percebida por Alfredo Rocco a partir da presença de um elemento que é a condenação que “debe considerarse como conminatoria de la ejecución forzosa hecha por el juez al obligado en caso de la inobservancia de la obligación que le incumbe”⁴¹⁸. Justifica o processualista que não existe a permissão legal de que se proceda à execução forçada sem a prévia existência de cominação, dirigida individualmente ao obrigado pelo órgão jurisdicional.

Tal conclusão encontra justificativa se considerado o momento em que adotada. Porém, a evolução das relações sociais trouxe novas formas de consideração dessa “cominação” e, atualmente, aceita-se a execução dos títulos extrajudiciais, onde não há a cominação expressa, que tenha partido de órgão jurisdicional.

⁴¹⁶ “dal solo fatto che l’azione di condanna abbia come presupposto l’azione di accertamento non ci sembra si possa inferire che si tratti di una unica azione, in quanto non è assolutamente vero che l’azione di accertamento abbia per presupposto l’azione di condanna o non possa essere isolata dalla stessa, ma può essere esercitata da sola” (FRIGNANI, Aldo. **L’Injunction nella Common Law e L’Inibitoria nel Diritto Italiano**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 273. “apenas do fato de que a ação de condenação tenha como pressuposto a ação de declaração não parece que se possa inferir que se tratem de uma única ação, enquanto não é absolutamente verdadeiro que a ação de declaração tenha por pressuposto a ação de condenação ou não possa existir isolada da mesma, mas pode ser exercitada sozinha” (tradução livre do autor).

⁴¹⁷ Confirmando sua posição, no sentido de que a diferença entre declaração e condenação está na possibilidade de abertura da via executiva, Alfredo Rocco afirma que a sentença “de simple declaración no pude nunca derivarse una ejecución forzosa, mientras que la posibilidad de dar lugar a una ejecución forzosa es lo que caracteriza a la sentencia de condena” (ROCCO, A., op. cit., p. 189). “de simples declaração não pode nunca originar uma execução forçada, enquanto que a possibilidade de dar lugar a uma execução forçada é o que caracteriza a sentença de condenação” (tradução livre do autor).

⁴¹⁸ Idem, p. 190. “deve considerar-se como conminatória da execução forçada feita pelo juiz ao obrigado no caso de inobservância da obrigação que lhe incumbe” (tradução livre do autor).

Aliás, a execução dos títulos extrajudiciais é admitida, em alguns casos, mesmo sem que exista o expresse reconhecimento do devedor, como no caso das cambiais originadas da compra e venda mercantil e seguidas do protesto extrajudicial. Nesse caso, confere-se força executiva à declaração do próprio credor, diante da inércia do devedor.

Por outro lado, é interessante perceber a compreensão de Alfredo Rocco no sentido de que o comando condenatório representaria uma *cominação*, o que justificaria a necessidade da condenação e, também, impediria a execução da sentença declaratória. O entendimento representa, pois, uma valorização do comando condenatório, sem o qual não seria possível realizar-se a execução⁴¹⁹. Aliás, não produz apenas a valorização do comando condenatório, mas a redução da diferença entre declaração e condenação a esse comando.

Alfredo Rocco não aceitava a classe das sentenças constitutivas, apenas compreendendo-as como referentes “al objeto, no a la función de la sentencia”⁴²⁰, no sentido de que tais sentenças constitutivas não teriam uma *função* distinta daquela de realizar a declaração de relações jurídicas concretas. O diferencial, então, seria a necessidade de afirmação judicial de determinadas condições para criação, modificação ou extinção do Estado jurídico, que representaria a própria afirmação desses direitos. Por isso que reduz a diferença ao *objeto* e não à função propriamente dita.

Para Ugo Rocco, além do *accertamento del diritto* (que é o elemento declaratório) contido na condenação, esta ação encerra também um outro elemento, que é a injunção ao obrigado a que promova o cumprimento da obrigação. Assim, depois de reconhecer na condenação o elemento declaratório, o processualista afirma que “nelle azioni di condanna vi è qualche cosa di più: non solo mediante l’esercizio di esse si chiede l’accertamento del diritto, ma una volta accertato il diritto, si chiede al giudice una *ingiunzione*, diretta all’obbligato, di *adempire le prestazioni a cui è tenuto*”⁴²¹. Porém, que injunção é essa, que nada obriga já que o condenado pode simplesmente recusar-se a cumprí-la?

⁴¹⁹ Conclui Rocco, a esse propósito, que “esta es la razón por la cual la sentencia declarativa no da lugar a la ejecución, sino sólo a una acción para obtener del juez aquella especial conminatoria que hace posible la ejecución” (ROCCO, A., op. cit., p. 191). “esta é a razão pela qual a sentença declaratória não dá lugar à execução, senão apenas a uma ação para obter do juiz aquela especial cominação que faz possível a execução” (tradução livre do autor).

⁴²⁰ ROCCO, A., op. cit., p. 183. “ao objeto, não à função da sentença” (tradução livre do autor).

⁴²¹ ROCCO, U. op. cit., p. 284. “nas ações de condenação existe qualquer coisa a mais: mediante o exercício delas não se pede apenas a declaração do direito, mas uma vez declarado o direito, se pede ao juiz uma injunção, dirigida ao obrigado, de adimplir as prestações às quais está obrigado” (tradução livre do autor).

É interessante, também, observar a posição de Barrios de Angelis, que também distingue as duas ações, quando faz sua conceituação. Todavia, percebe-se que os argumentos trazidos pelo processualista não se revelam sólidos a ponto de determinar uma efetiva distinção:

La sentencia declarativa termina el proceso, hace imposible un nuevo pronunciamiento sobre el mismo objeto existencial e resuelve el objeto gnoseológico, cambiándolo de problema en solución (función procesal). Además, afirma una realidad sustancial como verdadera y válida para todos (función material). La sentencia de condena tiene los mismos efectos que la anterior y otros agregados. Procesalmente, además, abre la vía de la ejecución; materialmente, posibilita el cumplimiento material válido.⁴²²

Embora afirme que a sentença de condenação tem os mesmos efeitos que a anterior (declaratória) e outros acréscimos, Barrios de Ángelis sequer aponta quais seriam esses efeitos diversos, além de abrir o caminho da execução e possibilitar o cumprimento material válido. E não é possível negar que esses dois efeitos poderiam ser perfeitamente reconhecidos também à sentença declaratória, o que demonstra a inexistência de justificativa válida para distinção entre as duas categorias de ação.

A mesma idéia, de que a condenação é preparatória à execução, é defendida por Ugo Rocco que reconhece a existência de uma ordem na condenação, ordem de cumprir a obrigação, como acima já referido, mas também lhe dá a feição de preparação da execução forçada. É por isso que escreve que “le azioni di condanna sono anche esse azioni di accertamento, ma all’accertamento del diritto segue la condanna, cioè un *ordine del giudice all’obbligato di adempire la prestazione alla quale è tenuto, come preparazione alla esecuzione forzata*”⁴²³. É interessante perceber, nesse aspecto, o forte apelo à função de preparação da execução forçada.

⁴²² BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. **Introducción al Estudio del Proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1983. p. 204. “A sentença declaratória termina o processo, faz impossível um novo pronunciamento sobre o mesmo objeto existencial e resolve o objeto gnoseológico, transformando-o de problema em solução (função processual). Ademais, afirma uma realidade substancial como verdadeira e válida para todos (função material). A sentença de condenação tem os mesmos efeitos que a anterior e outros agregados. Processualmente, ademais, abre a via da execução, materialmente, possibilita o cumprimento material válido” (tradução livre do autor).

⁴²³ ROCCO, U., op. cit., p. 284. “as ações de condenação são também ações de declaração, mas à declaração do direito segue a condenação, isto é uma ordem do juiz ao obrigado de adimplir a prestação à qual é obrigado, como preparação à execução forçada” (tradução livre do autor).

Calamandrei diz não concordar com a teoria que aponta como característica essencial da condenação o “comando, rivolto agli organi esecutivi, di procedere alla esecuzione forzata”⁴²⁴. Aduz, para sustentar sua posição, que existem sentenças, como as constitutivas, que impõem também comandos ou determinam certas atividades. E, para exemplificar, cita as sentenças que determinam a inscrição de uma hipoteca, a execução de medidas de segurança ou a execução de uma prova. Tais sentenças, de acordo com Calamandrei, produziriam uma *execução imprópria*⁴²⁵, porque não dirigidas contra o obrigado, mas apenas endereçadas ao órgão do Estado a quem o comando é dirigido.

Analisando o conceito de ação, a partir da ótica do Direito Canônico, Della Rocca recusa a idéia de que a condenação envolveria um comando, apontando que tal decorreria mesmo da lei, quando afirma que:

[...] la sentenza de condanna non è un comando del giudice ma il comando stesso della legge formulato o meglio attuato, con particolare forza cogente, attraverso il provvedimento giurisdizionale e che la sentenza stessa ha la propria essenza caratteristica in questa sua funzione di rappresentazione autoritativa della volontà della legge e non già (elemento, questo, differenziale tra sentenza di mero accertamento e sentenze di condanna) nel giudizio logico che la sostiene.⁴²⁶

Apegado à idéia de que a sanção reflete-se na natureza do ato jurisdicional que a realiza, Salvatore Satta reconhece a existência do elemento declaratório em cada pronúncia jurisdicional, enquanto pressuposto para aplicação da sanção. Observa, porém, que há uma nítida diferença funcional desse elemento, porque há situações em que a declaração é um meio, destinado à aplicação da sanção e, em outras, é fim em si mesmo, porque exaure plenamente a tutela jurídica. Nesse sentido, afirma o processualista que

⁴²⁴ CALAMANDREI, op. cit., 1972, p. 485. “comando, dirigido aos órgãos executivos, de proceder à execução forçada” (tradução livre do autor).

⁴²⁵ Refere Calamandrei, assim, que se trata de “esecuzione impropria, in quanto l’attività spiegata dall’organo giurisdizionale o amministrativo che si conforma alla sentenza non ha i caratteri della esecuzione forzata contro l’obbligato, ma è soltanto la *osservanza* del comando giuridico contenuto nella sentenza, da parte dello organo dello Stato a cui esso comando si indirizza” (Id-Ibidem). “execução imprópria, enquanto a atividade esperada do órgão jurisdicional ou administrativo que se adequa à sentença não tem as características da execução forçada contra o obrigado, mas é somente a observância do comando jurídico contido na sentença, da parte do órgão do Estado ao qual esse comando está endereçado” (tradução livre do autor).

⁴²⁶ DELLA ROCCA, Fernando. Azione nel Processo Canonico. In: **Novissimo Digesto Italiano**. 3. ed. Torino: Torinese, 1957. Vol. II. p. 143. “a sentença de condenação não é um comando do juiz mas um comando mesmo da lei formulado, ou melhor, atuado, com particular força cogente, através do provimento jurisdicional e que a mesma sentença tem a própria essência característica nessa sua função de representação autoritativa da vontade da lei e não já (elemento, este, diferencial entre sentença de mera declaração e sentenças de condenação) no juízo lógico que a sustenta” (tradução livre do autor).

[...] la posizione della sentenza meramente dichiarativa e di quella costitutiva rispetto alla realizzazione della tutela è diversa da quella della sentenza di condanna: mentre quelle infatti realizzano appieno la tutela, questa la prepara, e cioè strumentale rispetto alla tutela medesima, che si esaurisce soltanto con l'esecuzione forzata.⁴²⁷

Há autores, enfim, como Mandrioli, que embora não aceitem a afirmação de que a condenação não se diferencia da declaração, não produzem argumentos capazes de repelir a semelhança entre as duas classes de ação. De fato, partindo da hipótese que reconhece a condenação como a declaração de uma sanção que deverá atuar posteriormente e que, portanto, a condenação não atende à pretensão, Mandrioli reconhece que “l'esigenza di diritto sostanziale che aveva dato luogo al processo è ancora inappagata sicché le ulteriori attività processuali si coordinano a quell'esigenza”⁴²⁸. Ora, se a satisfação do direito substancial que originou o processo ainda não está atendida, sendo necessária nova atuação da jurisdição, então é preciso concluir pela ausência de distinção efetiva entre declaração e condenação.

O Direito Processual Civil mantém a histórica distinção romana, tratando de forma diversa as ações condenatórias e declaratórias. Tanto que não se aceita a execução da sentença declaratória⁴²⁹, ensejando uma ilógica – senão absurda – conclusão: admite-se a execução fundada no título executivo extrajudicial (que representa uma declaração de existência de crédito entre as partes), enquanto que se repudia a execução fundada na sentença declaratória judicial, sempre ao argumento de que lhe falta o comando condenatório.

O paradoxo desse procedimento, que é de constatação simples, representa também um desprestígio à atividade jurisdicional. Uma sentença judicial declaratória, transitada em julgado, vale menos para o Direito Processual do que qualquer título de crédito extrajudicial ao qual a lei confira força executiva. Ou, analisando-se por outra ótica, o Estado prestador da

⁴²⁷ SATTA, op. cit., 1959, p. 221. “a posição da sentença meramente declaratória e daquela constitutiva acerca da realização da tutela é diferente daquela da sentença de condenação: enquanto aquelas de fato realizam plenamente a tutela, esta a prepara e é instrumental respeito à própria tutela, que se exaure somente com a execução forçada” (tradução livre do autor).

⁴²⁸ MANDRIOLI, op. cit., p. 318. “a exigência do direito material que tinha ensejado o processo está ainda insatisfeita, tanto que as posteriores atividades processuais se adaptam àquela exigência” (tradução livre do autor).

⁴²⁹ Na recente alteração do CPC, introduzida pela Lei 11.232/05, afirmou-se que é título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa certa ou pagar quantia”, afastando-se a restrição que se fazia anteriormente, já que apenas eram considerados títulos executivos, em relação às sentenças proferidas no processo civil, a “sentença condenatória”.

tutela despreza o produto da própria atividade declarativa, quando a reconhece menos poderosa do que a declaração de vontade individual.

A aceitação de executividade dos títulos extrajudiciais, de acordo com Liebman, está atrelada à idéia de que a confissão por parte do devedor, inicialmente feita perante o tabelião, tinha os mesmos efeitos daquela produzida em juízo. E, diz Liebman, “do mais antigo direito romano vinha a regra, segundo a qual o confesso devia ser tido por condenado: *confessus in iure pro condemnato habetur*”⁴³⁰. Não resolve Liebman, todavia, o paradoxo denunciado. Se a aceitação da execução do título extrajudicial decorre da confissão do devedor, que permite sua condenação, como recusar executividade à declaração judicial da existência da dívida e do seu inadimplemento?

Aqui também é possível considerar o entendimento de Pontes de Miranda que, embora tenha-se posicionado pela diferenciação entre declaração e condenação, não escapa de uma contradição, quando afirma que “o título executivo que permite a execução com a “maior” dose de cognição, dita *completa*, é a sentença”⁴³¹.

Ora, se ele mesmo é capaz de reconhecer que a sentença registra uma superioridade em relação aos demais títulos executivos, então a distinção entre declaração e condenação somente pode ser explicada por um reducionismo injustificado que é exatamente representado pelo apego ao comando “condenar”, conferindo-lhe uma força que efetivamente não tem.

Enfim, a situação em que se colocam os doutrinadores, na atualidade, é muito clara, no sentido de distinguir as duas ações. O contraponto, na espécie, fica por conta do entendimento de Ovídio Baptista da Silva, que é categórico ao repelir a existência de diferença entre ação condenatória e ação declaratória, pensamento que prima pela lucidez e merece ser acompanhado, quando diz que “haveremos, portanto, de classificar as ações não em cinco classes, como o fez Pontes de Miranda, mas em quatro – declaratórias, constitutivas, executivas e mandamentais – posto que esta, como as demais classificações possíveis, referem-se às *ações de direito material*”⁴³².

⁴³⁰ LIEBMAN, op. cit., 1963, p. 10.

⁴³¹ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 34.

⁴³² BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2001b, p. 234.

A inexistência, no plano do direito material, de uma pretensão à *condenação* não permite classificá-la autonomamente, o que, aliado à sua inafastável semelhança com a ação declaratória, conduz à acertada conclusão de que a distinção procedida na doutrina não encontra fundamentação científica, sendo de recusar-se tal separação.

4.3 EXECUÇÃO, SANÇÃO E COERÇÃO NO PROCESSO CONTEMPORÂNEO: A REALIZAÇÃO DAS PRETENSÕES RELATIVAS AO DIREITO OBRIGACIONAL

Não se justifica a análise da condenação no sistema processual contemporâneo, sem que também se observe a função executiva que, afinal, produz a realização das pretensões que são objeto da ação condenatória. Igualmente, a função mandamental, também presente no processo moderno, não pode ser esquecida, porque representa um importante instrumento processual.

A realização das pretensões que reclamam a ação condenatória se constitui num dos mais importantes aspectos do processo contemporâneo, inclusive pela ampliação do espectro do Direito Obrigacional que justifica uma atuação mais intensa da atividade executiva. Limitar a jurisdição à atividade declarativa, nesses tempos em que as relações sociais tornam-se mais complexas e em que o indivíduo exige mais do Estado, significa não apenas a frustração dessa expectativa, mas também o desprestígio da atividade do Estado.

A idéia de que o exercício da ação processual implica a submissão do demandado à vontade do autor, que deve encontrar nesse instrumento a realização da pretensão do autor, conduz à percepção da importância da ação de execução é a que afinal realiza a pretensão. A condenação, seja entendida como procedimento prévio, como aplicadora da sanção ou como simples declaração, não realiza a pretensão do autor.

No entanto, diante da vigente estrutura das ações, em que a condenação está posta como um necessário procedimento prévio da execução, à exceção dos casos envolvendo os títulos de origem extrajudicial, também é importante compreender os mecanismos que os ordenamentos processuais consagram, não com o propósito de substituir a atividade executiva, mas de ensejar o cumprimento das obrigações, inclusive dispensando a necessidade de utilização dessa segunda via.

É por isso que as medidas coercitivas ganham relevo no processo contemporâneo. A partir da construção teórica acerca da sanção e seu papel no Direito Obrigacional, as medidas coercitivas aparecem como um instrumento de respeito à autoridade judicial. Suas diferentes feições, nos diversos ordenamentos, demonstram as possibilidades que se apresentam nesse campo e recomendam sua consideração numa visão publicista do processo e dos seus institutos.

4.3.1 A Atividade Executiva: Realização da Pretensão Obrigacional do Autor

A atividade executiva, aquela que realiza a pretensão do autor, nem sempre alcança, nos ordenamentos jurídicos, o destaque que a sua relevância tem para a função jurisdicional, inclusive nos casos envolvendo o direito das obrigações que interessam ao debate proposto.

A definição de execução, entendida por Pontes de Miranda como uma das classes de ações do processo de conhecimento, é realizada pelo processualista a partir da compreensão etimológica, quando aponta que “o executar é ir extra, é seguir até onde se quer”⁴³³. Afirmam Pontes, ainda, que nesse contexto insere-se também a retirada de algo de um patrimônio e se leva para diante, para outro. Isso implica incluir no conceito de execução também a expropriação patrimonial.

No entanto, a doutrina processual registra um dissenso em relação ao trabalho de Pontes, exatamente pela redução que faz da atividade executiva, limitando-a ao processo de execução, sem perceber tal atividade também nas ações de conhecimento que, pela sua natureza, realizam as pretensões do autor, sem a necessidade da formulação de um processo próprio, de execução em sentido estrito.

A redução operada pela doutrina que não reconhece as ações de conhecimento que produzem efeito executivo está também atrelada a componentes dogmáticos e ideológicos, fundados na teoria da divisão dos poderes, que produziu a concepção de jurisdição apenas declarativa e que atendem também às concepções privatísticas e liberal-individualistas. Assim

⁴³³ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 4.

é que se alicerçou a execução na exigência do título executivo, uma das reverências do sistema processual contemporâneo ao paradigma racionalista.

É possível afirmar que é na execução forçada que se realiza efetivamente a sanção, porque é somente nessa fase que se verifica a coação patrimonial. Essa típica característica da execução – realizar materialmente a pretensão do autor – exigiu, a partir do paradigma racionalista, a presença da certeza. É por isso que o processo contemporâneo não convive com a coerção patrimonial sem os juízos de certeza.

A exigência de título, capaz de legitimar a abertura do processo de execução, é reconhecida pelos processualistas que, como Redenti, ao referir-se à execução civil, afirma a existência de uma característica fundamental, ou seja, “che coloui che li promuove, deve già esser munito di un ‘titolo’ documentale, che lo legittimi a chiedere l’escuzione, e sulla cui esibizione gli uffici competenti siano a loro volta legittimati a procedervi”⁴³⁴.

Redenti reconhece que a execução depende de um crédito e de um título executivo. Ao referir o título executivo, proveniente da atuação judicial, o título judicial, é taxativo ao sustentar a necessidade de que tal título esteja representado por uma sentença condenatória: “bisogna che si tratti di sentenze di ‘condanna’”⁴³⁵, não aceitando o autor que se realize a execução a partir das sentenças declaratórias. É que Redenti trata a própria jurisdição como uma atividade destinada à aplicação da sanção, o que não se sustenta, já que existe atividade jurisdicional em que não há sanção, como, por exemplo, nos casos de simples declaração.

É possível, então, concluir que a exigência da sanção e o reconhecimento de sua presença apenas nas sentenças condenatórias permitiu a construção doutrinária que impediu a execução das sentenças declaratórias. Para Ugo Rocco, “la dichiarazione di una sanzione si avrà solo nella sentenza di condanna com la ingiunzione di uniformare la propria condotta al diritto accertato come preparazione espressa alla escuzione forzata, rivolta individualmente dal giudice all’obbligato”⁴³⁶.

⁴³⁴ REDENTI, Enrico. **Profili Pratici del Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1938. p. 176. “que aquele que a promove, já deve estar munido de um título documental, que o legitime a requerer a execução, e acerca daquela exibição os officios competentes são legitimados a assim proceder” (tradução livre do autor).

⁴³⁵ Idem, p. 625. “é preciso que se tratem de sentenças de condenação” (tradução livre do autor).

⁴³⁶ ROCCO, U., op. cit., p. 59. “a declaração de uma sanção ocorrerá somente na sentença de condenação com a injunção de informar a própria conduta ao direito declarado como preparação expressa à execução forçada, dirigida individualmente do juiz ao obrigado” (tradução livre do autor). A partir dessa constatação, o autor permite-se concluir que “solo la escuzione forzata costituisce, in realtà, l’applicazione di una sanzione, mentre il puro accertamento costituisce un atto dichiarativo della esistenza di un precetto”. “somente a

A sentença condenatória, para a maior parte dos processualistas, é aquela que confere um novo poder ao titular do crédito, poder que se expressa na própria execução. Repelem os processualistas, contudo, a idéia de que a partir da sentença condenatória, estaria criada uma nova obrigação em face do devedor.

Assim, percebe a doutrina que diante dessa nova situação, existente a partir da condenação, não se vislumbra o surgimento de uma nova obrigação, mas apenas admite-se um novo poder ao titular do crédito que é exatamente a utilização da execução forçada. Chiovenda desenvolve esse raciocínio nos seguintes termos: “dalla sentenza non nasce nessuna nuova obbligazione del condannato, ma un nuovo potere del vincitore, che non è nè una novazione dell’azione, nè una frazione del potere anteriore alla sentenza, con questa effettivamente consumato”⁴³⁷. Diz Chiovenda, ainda, que daí surge uma nova relação entre a vontade individual e a declaração de vontade contida na sentença.

Aqui reside um dos aspectos importantes na busca da efetividade das pretensões que se servem da ação condenatória: ao proferir a sentença não ocorre a realização da pretensão e, então, a aceitação de que o Estado ainda registra um interesse na satisfação da pretensão constitui uma premissa relevante, que poderá conduzir à conclusão de que a pretensão ainda não realizada merece atenção do órgão julgante.

Uma execução não encerra, em princípio, caráter cognitivo, porque seu objeto em si é a expropriação patrimonial, a partir da certeza já proclamada na condenação. É interessante, todavia, observar a peculiar consideração de Barrios de Ángelis, para quem a execução também reveste cognição. Assim o processualista parte da idéia de que todo o processo é de conhecimento, enquanto supõe um exame da verdade acerca dos objetos materiais e imateriais ou, ainda, um estabelecimento da verdade que encerra um caráter autoritário.

A partir disso, Barrios de Ángelis conclui que “El proceso de ejecución, por tanto, también es de conocimiento, y en ello radica na unicidad de la realidad cubierta por ambas

execução forçada constitui, na realidade, a aplicação de uma sanção, enquanto que a declaração pura constitui um ato declarativo da existência de um preceito” (tradução livre do autor).

⁴³⁷ CHIOVENDA, op. cit., 1993, p. 17. “da sentença não nasce nenhuma nova obrigação ao condenado, mas um novo poder do vencedor, que não é nem uma novação da ação, nem uma fração do poder anterior à sentença, com esta efetivamente consumado” (tradução livre do autor).

denominaciones. La ejecución es una especie del conocimiento caracterizada, fundamentalmente, por su finalidad última”⁴³⁸. Essa finalidade última da execução, para o processualista, bem se resume na afirmação de que a peculiaridade da execução está no fato de que “De todas las especies de conocimiento es la que tiende a desplazar o transformar cosas o personas”⁴³⁹.

Barrios de Ángelis reconhece que, tanto nas ações declaratórias, como nas constitutivas e condenatórias está-se diante de dupla função, de afetação de situações jurídicas materiais e processuais.

Por sua vez, ao definir a execução forçada, Amílcar de Castro é preciso ao dizer que executar é “reduzir o título executivo a efeito, *sem* a vontade do executado; que é preterível”⁴⁴⁰. Embora a posição do processualista encerre um conteúdo dogmático, na medida em que não apenas a execução forçada independe da vontade do réu, mas assim também as ações declaratórias, constitutivas, mandamentais e todas as executivas (*lato sensu*), a definição é apropriada para demonstrar o caráter de realização, o *reduzir a efeito*, como prefere o processualista.

Enfim, a construção doutrinária acerca da execução foi realizada pela maior parte dos processualistas a partir da desconsideração das ações de cognição que realizam a pretensão do autor. Essas ações, reconhecidas por Pontes de Miranda, têm em si a eficácia de satisfazer a pretensão, independentemente da atuação do réu. Todavia, ainda hoje alguns doutrinadores resistem em aceitar tais ações como categoria autônoma e presente no processo contemporâneo.

Por exemplo, Ugo Rocco admite a categoria das ações com prevalente função executiva, mas limita a hipótese a uma excepcionalidade, no caso a execução provisória da

⁴³⁸ BARRIOS DE ÁNGELIS, op. cit., p. 202. “O processo de execução, portanto, também é de conhecimento, e isso origina-se na unicidade da realidade coberta por ambas as denominações. A execução é uma espécie de conhecimento caracterizada, fundamentalmente, por sua finalidade última” (tradução livre do autor).

⁴³⁹ Id-Ibidem. “De todas as espécies de conhecimento é a que tende a mudar ou transformar coisas ou pessoas” (tradução livre do autor).

⁴⁴⁰ CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Vol. VIII. p. 5. Essa afirmação do processualista parte da referência à definição dada por Paula Batista, que conceituava a execução forçada como a parte do processo que continha os meios de reduzir o julgado a efeito *contra* a vontade do condenado.

sentença, as quais o processualista classifica inclusive como ações condenatórias, quando afirma:

[...] azione com prevalente funzione esecutiva altro non sono, nella loro intima essenza, che azioni di *pura condanna*, sulla base di un accertamento incompleto e provvisorio, a cui *segue*, nelle forme, termini e modi tassativamente stabiliti dal diritto processuale obiettivo, la vera e propria completa cognizione del diritto, cioè segue un accertamento che è postergato alla condanna e che diventa definitivo, ove non venga opposto provocando l'accertamento del diritto.⁴⁴¹

Por sua vez, Salvatore Satta faz distinção entre a expropriação e a execução em forma específica, incluindo na primeira classe a tutela dos direitos de crédito, dependentes da condenação, “che non è fine a se stesso, ma è il presupposto dell’ulteriore svolgimento della tutela, e cioè appunto dell’esecuzione forzata”⁴⁴². Nesse ponto, merece atenção a afirmação de Marco Tullio Zanzucchi que trata da execução expropriatória dizendo que representa aquela cujo “oggetto dell’esecuzione sono beni (diritti reali) del debitore, i quali rappresentano la garanzia del creditore”⁴⁴³.

Uma das grandes discussões da modernidade, nesse campo, refere-se às obrigações de fazer e não fazer. No ordenamento brasileiro vale destacar que o Código Processual Civil de 1939 consagrava a ação cominatória, que depois passou a ser compreendida no artigo 287, do vigente diploma processual e, enfim afirmada com maior eficácia, nos artigos 461 e 461-A. De acordo com Gildo dos Santos, a essência do pedido cominatório destinado à satisfação das obrigações de fazer e não fazer e de entregar coisa está exatamente “no preceito que, uma vez descumprido, leva às conseqüências naturais desse tipo de ação: cumprimento da pena estabelecida”⁴⁴⁴. A função da cominação, então, é assegurar o cumprimento do preceito emanado.

⁴⁴¹ ROCCO, U., op. cit., p. 293. “ação com prevalente função executiva outra coisa não é, na sua íntima essência, que ações de pura condenação, baseadas numa declaração incompleta e provisória, a que seguem, nas formas, termos e modos taxativamente estabelecidos pelo direito processual objetivo, a verdadeira e própria completa cognição do direito, a que segue uma declaração que é adiado para a condenação e que se torna definitivo, desde que não haja oposição, provocando a declaração do direito” (tradução livre do autor).

⁴⁴² SATTA, op. cit., 1959, p. 426. “que não é fim em si mesmo, mas é o pressuposto do posterior desenvolvimento da tutela, que é exatamente a execução forçada” (tradução livre do autor).

⁴⁴³ ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1947. p. 174. “objeto de execução são bens (direitos reais) do devedor, os quais representam a garantia do credor” (tradução livre do autor).

⁴⁴⁴ SANTOS, Gildo dos. **As Ações de Imissão de Posse, Cominatórias e de Despejo no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975. p. 75.

No seu entendimento do conceito de execução em forma específica, Satta engloba situações em que se tratam “non di situazioni giuridiche assolute, (in contrapposto alle obbligazioni, che hanno essenzialmente carattere strumentale), nelle quali il conseguire la cosa, il fare l’opera o il distruggerla rientrano nel contenuto stesso del diritto”⁴⁴⁵.

A distinção efetivada pelo processualista poderia envolver as execuções *stricto sensu*, dependentes da condenação prévia, e as execuções *lato sensu*, que prescindem da condenação. Todavia, Satta inclui no segundo caso as obrigações de fazer que se constituem em situações alcançadas pelo Direito Obrigacional e, portanto, dependentes da condenação, de acordo com a estrutura processual vigente.

Liebman reconhece que o campo das obrigações infungíveis de fazer e não fazer são “o terreno ideal para o recurso às medidas coativas que são realmente o único meio para procurar satisfazer o credor em forma específica, isto é, pela consecução do mesmo bem a que tem direito”⁴⁴⁶. Ainda, embora restringindo o uso das medidas coativas a essas obrigações, Liebman não deixa de reconhecer que essas medidas podem proporcionar relevantes resultados.

Nessa mesma linha, Mandrioli destaca a importância da execução em forma específica, buscando o resultado próprio da obrigação e, também, percebe que o ordenamento busca evitar a descida ao último degrau que é a reparação pecuniária. Assim, Mandrioli afirma que “l’ordinamento giuridico si sforza di ottenere la realizzazione in una maniera che, se non è soddisfazione diretta dell’identico interesse, sai almeno *soddisfazione diretta di un interesse equivalente*”⁴⁴⁷. Busca essa execução, então, a restauração da idêntica situação jurídica violada.

Para Cristina Rapisarda é necessário, também, permitir a superação da sistemática vigente da tutela executiva em forma específica, calcada na idéia de “una concezione della

⁴⁴⁵ SANTOS, op. cit., p. 425. “não se situações jurídicas absolutas (em contraposição às obrigações, que têm essencialmente caráter instrumental), nas quais a obtenção da coisa, o fazer a obra ou o desfazer compreendem o próprio conteúdo do direito” (tradução livre do autor).

⁴⁴⁶ LIEBMAN, op. cit., 1963, p. 25.

⁴⁴⁷ MANDRIOLI, Crisanto. **L’Esecuzione Forzata in Forma Specifica**. Milano: Giuffrè, 1953. p. 23. “o ordenamento jurídico esforça-se por obter a realização de uma maneira que, se não é a satisfação direta de idêntico interesse, seja ao menos *satisfazione diretta de un interesse equivalente*” (tradução livre do autor).

condanna come rimedio a contenuto prevalentemente risarcitorio”⁴⁴⁸. Dessa constatação exsurge a importância do papel da sanção e das medidas coercitivas no ordenamento processual, no atendimento das pretensões que se reclamam da atuação da tutela jurisdicional.

4.3.2 O Conceito de Obrigação no Direito Romano e sua Compreensão na Modernidade

Antes da consideração da sanção, convém compreender o instituto da obrigação, afirmado desde o Direito Romano e atualmente entendido como o liame que vincula o devedor ao credor, estabelecendo uma relação pessoal entre ambos e, mais do que isso, sobrevivendo visceralmente ligado a eles. Como diz Enneccerus, “el crédito sólo vincula al deudor”⁴⁴⁹. Assim é que a obrigação atinge *apenas* o devedor, o que a faz diferente, por exemplo, dos direitos reais que não se prendem apenas a uma pessoa determinada.

No mesmo sentido, Diez-Picazo diz que a obrigação é uma situação bipolar, formada do lado do devedor, pela dívida e pelo dever de prestação. Esta é uma situação de submissão em relação ao credor que tem a ação e a situação de poder que lhe confere o crédito. A partir disso, o jurista espanhol conclui que “la obligación será así la correlación del deber del deudor y el derecho del acreedor”⁴⁵⁰. Esse direito é, exatamente, o poder de exigir o cumprimento da prestação.

No caso da obrigação, existe o interesse numa prestação dirigida a alguém que é obrigado. Diferentemente ocorre na hipótese dos direitos reais, em que o titular não busca uma prestação, mas uma utilidade. Isso determina que, no caso das obrigações, a realização

⁴⁴⁸ RAPISARDA, op. cit., p. 193. “uma concepção da condenação como solução de conteúdo prevalentemente ressarcitório” (tradução livre do autor).

⁴⁴⁹ ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de Derecho Civil**. Traducción de la 35ª edición alemana de Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1933. Segundo Tomo. p. 2. “o crédito somente vincula o devedor” (tradução livre do autor).

⁴⁵⁰ DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996. p. 55. “a obrigação será assim a correlação do dever do devedor e o direito do credor” (tradução livre do autor). O autor conclui, ainda, que “el derecho de acreedor es un derecho subjetivo que tiene como contenido la persona del deudor. Se logra con ello, dentro del marco de los derechos patrimoniales, un paralelismo riguroso entre los llamados derechos reales y los llamados derechos de crédito o de obligación. Los primeros proporcionan un señorío sobre las cosas. Los segundos proporcionan un señorío sobre la persona del deudor”. “o direito do credor é um direito subjetivo que tem como conteúdo a pessoa do devedor. Obtém-se com isso, dentro da referência dos direitos patrimoniais, uma rigorosa comparação entre os chamados direitos reais e os chamados direitos de crédito ou de obrigação. Os primeiros proporcionam um domínio sobre as coisas. Os segundos proporcionam um domínio sobre a pessoa do devedor” (tradução livre do autor).

depende da vontade do obrigado, enquanto que os direitos reais realizam-se pela atividade do próprio titular.

Então é possível concluir que o Direito Obrigacional depende do vínculo com o obrigado, enquanto que no direito real, o direito é consequência da limitação do sujeito passivo. Nesse ponto, Betti observa que “nel rapporto di obbligazione l’interesse dell’avente diritto è destinato a realizzarsi, come prima abbiamo precisato, per mezzo di un intermediário, attraverso un comportamento altrui, un’attività di cooperazione”⁴⁵¹. Tal aspecto, que conduz à diferenciação das obrigações com os direitos reais, tem especial relevância na determinação dos modos de atendimento das pretensões formuladas em juízo e relativas a direitos obrigacionais ou reais.

Dernburg reconhece que o primitivo Direito Romano buscava a rápida solução do processo, o que era permitido pela unilateralidade e severidade do antigo Direito das Obrigações. Porém, a partir do desenvolvimento do Direito das Obrigações depois do fim da República, surgiram diversas ações relativas ao Direito Obrigacional e, como refere o autor “l’inconveniente non veniva eliminato; il pronto esaurimento delle liti nella maniera antica era con cio difficilmente conciliabile”⁴⁵².

A severidade do antigo Direito Obrigacional Romano estava representada, certamente, pela possibilidade que se permitia ao credor de promover a “apprensione física dell’*obligatus*”, como diz Antônio Guarino⁴⁵³ que termina por concluir que a situação do

⁴⁵¹ BETTI, Emilio. **Teoria Generale delle Obbligazione**. Milano: Giuffrè, 1953. p. 16. “na relação obrigacional o interesse daquele que se diz titular do direito é destinado a realizar-se, como antes precisamos, por meio de um intermediário, através de um comportamento alheio, uma atividade de cooperação” (tradução livre do autor).

⁴⁵² DERNBURG, op. cit., p. 7. “o inconveniente não estava eliminado, o imediato exaurimento da lide à maneira antiga era com isso difficilmente conciliável” (tradução livre do autor).

⁴⁵³ GUARINO, op. cit., p. 404. “apreensão física do *obligatus*” (tradução livre do autor). O autor, aliás, refere que eram duas as características da *obligatio* romana: “in primo luogo, il fatto che il rapporto in esame non sia mai, o quasi, rappresentato dalle fonti sotto la specie del credito, quindi della situazione del creditore, ma sia invece in esse rappresentato *sub specie* di un obbligo di prestare e nel contempo, piuttosto confusamente, di una soggezione all’adempimento da parte dell’*obligatus*; in secondo luogo, il fatto che, quando nelle fonti si venga a riferirsi al creditore, non gli si attribuisca un *ius*, ma un’*actio in personam*, cioè un mezzo processuale di accertamento”. “em primeiro lugar, o fato de que a relação em exame não seja nunca, ou quase, representada pelas fontes na espécie do crédito, em face da situação do credor, mas fosse ao invés representado *sub specie* de uma obrigação de prestar e no mesmo momento, embora de forma confusa, de uma sujeição ao adimplemento de parte do *obligatus*; em segundo lugar, o fato de que, quando as fontes referem-se ao credor, não lhe atribuem um *ius*, mas uma *actio in personam*, que é um meio processual de declaração” (tradução livre do autor).

obrigado era um misto de obrigação e de sujeição, sujeição a “potestas del creditore in caso di inadempienza”⁴⁵⁴.

Guarino adverte para a diferença entre a situação do *obligatus* – que tinha a obrigação de *prestar* e dava ao adverso uma *potestas* – e aquela do credor, titular de um *crédito*. O titular da *potestas* tinha um direito material que se representava numa pretensão que atingia a própria esfera da liberdade. O credor, ao contrário, tinha uma possibilidade de assujeitar, numa figura essencialmente processual e mediante a ação declarativa e executiva, a pessoa do devedor inadimplente.

A partir dessa constatação, Guarino conclui que, após a abolição da execução pessoal sobre o devedor, foram-se diferenciando as formas de realização de ambas as pretensões. Ainda, Guarino permite-se diferenciar os direitos que denomina *absolutos*, (obrigações de prestar) que se concretizam em pretensões *erga omnes* daqueles direitos ditos *relativos*, (obrigações decorrentes do crédito) que se realizam em pretensões específicas de um sujeito diante de outro, no caso de inadimplência. Diante disso, permite-se considerar a ação “come una *licentia subiciendi* connessa con una pretesa specifica e condizionata all’insoddisfacimento della stessa”⁴⁵⁵.

Arangio-Ruiz principia sua análise das obrigações no Direito Romano a partir da constatação de que nas Institutas falta uma definição clara da *obligatio*⁴⁵⁶ que, nos primeiros tempos, tinha um conceito geral e confuso de dever jurídico e, assim, afirma que

[...] la *obligatio* tiene tanto más relieve en la conciencia jurídica cuanto más se retrocede hacia las condiciones primitivas de existencia, en las cuales el crédito representa una desviación de la sana economía familiar, y tanto más se oscurece y confunde en el gran mar de los deberes, cuanto más el crédito se transforma en la norma de las relaciones económicas.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ Id-Ibidem. “poder do credor em caso de inadimplência” (tradução livre do autor).

⁴⁵⁵ GUARINO, op. cit., p. 406. “como uma *licentia subiciendi* conexas com uma pretensão específica e condicionada à insatisfação da mesma” (tradução livre do autor).

⁴⁵⁶ Charles Mayns afirma que “le mot *obligatio* n’est pas un terme du vieux droit; on ne le trouve dans aucun fragment des Douze Tables, ni dans aucun vestige de la langue juridique des premiers temps; il appartient à une époque plus rapprochée” (MAYNS, op. cit., 1856, p. 3). “a expressão *obligatio* não é um termo do velho direito; não se encontra nenhuma referência na lei das Doze Tábuas, nem vestígio algum na linguagem jurídica dos primeiros tempos; aparece numa época mais próxima” (tradução livre do autor).

⁴⁵⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de Derecho Romano**. Traducción de la 10ª edición italiana de José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma; 1952. p. 317. “a *obligatio* tem tanto maior relevo no pensamento jurídico quanto mais se retrocede até as condições primitivas de existência, nas quais o crédito representa um desvio da saudável economia familiar, e tanto mais se obscurece e se confunde no grande mar

Há romanistas, como Albertario, que sustentam que o conceito de *obligatio* sequer existia no Direito Romano Clássico⁴⁵⁸, tratando-se de criação posterior e que a própria definição de obrigação, contida nas compilações justinianas, não é obra dos jurisconsultos romanos, mas dos compiladores.

De qualquer maneira, Arangio-Ruiz reconhece que antigamente a *obligatio* não era um puro e simples dever, livremente assumido, mas representava a “sumisión al poder doméstico del acreedor propio o de otro, sumisión que es en la conciencia social del tiempo tan notable como para relegar a segundo plano el deber de conducta a que se vincula”⁴⁵⁹.

Então, o *obligatus* não se equivale exatamente ao devedor, entendido em sentido moderno, mas a alguém que está submetido a outro em caso de inadimplemento, desimportando, inclusive, se é dele mesmo o inadimplemento ou de terceiro. Essa compreensão de *obligatus*, do primitivo Direito Romano, produziu a íntima conexão que os juristas clássicos perceberam entre a *obligatio* e a *actio*. Nesse ponto, Arangio-Ruiz afirma que a *actio* “es el medio ofrecido al particular para la actuación de cualquier derecho subjetivo, se presenta con preferencia al pensamiento jurídico como la posición avanzada de la obligación”⁴⁶⁰. Sobre tal questão, Diez-Picazo percebe que “la *actio* que se atribuye al acreedor es, precisamente, una *actio in personam* porque se dirige contra la persona misma

dos deveres, quanto mais o crédito transforma-se na norma das relações econômicas” (tradução livre do autor).

⁴⁵⁸ Diz Emilio Albertario que “non esisteva, insomma, nel diritto romano classico il concetto generale di *obligatio*, come non esisteva il concetto generale de *servitus*, perchè non ogni *vinculum iuris*, in forza del quale alcuno era *adstrictus* verso un altro *ad dandum aliquid vel faciendum vel prestandum*, era *obligatio*, se non nasceva da *delictum* o da *contractus*, cioè da quelle determinate *causae* che erano individuate come figure di *delictum* o di *contractus*; come non ogni peso imposto a un fondo a vantaggio di un altro fondo era riconosciuto come *servitus*, se non rientrava in uno di quei tipi fisse che costituivano i *iura praediorum*” (ALBERTARIO, Emilio. **Studi di Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1936. Vol. III. p. 4. “não existia, em suma, no direito romano clássico o conceito geral de *obligatio*, como não existia o conceito geral de *servitus*, porque não cada *vinculum iuris*, por força do qual alguém era *adstrictus* em face de um outro *ad dandum aliquid vel faciendum vel prestandum*, era *obligatio*, se não nascia do *delictum* ou do *contractus*, isto é daquelas determinadas *causae* que eram individuadas como figuras de *delictum* ou de *contractus*, como também não cada encargo imposto a um bem com vantagem de um outro bem era reconhecido como *servitus*, se não se incluía em um dos tipos fixos que constituíam os *iura praediorum*” (tradução livre do autor).

⁴⁵⁹ ARANGIO-RUIZ, op. cit., 1952, p. 318. “submissão ao poder doméstico do próprio credor e de outro, submissão que é a consciência social do tempo tão notável ao ponto de relegar a segundo plano o dever de conduta a que se vincula” (tradução livre do autor).

⁴⁶⁰ Idem, p. 319. “é o meio oferecido ao particular para a atuação de qualquer direito subjetivo, apresentando-se preferentemente ao pensamento jurídico como a posição avançada da obrigação” (tradução livre do autor).

del deudor”⁴⁶¹ e, por isso, a obrigação somente poderia subsistir enquanto não houvesse variação de seus respectivos titulares, credor e devedor.

Enfim, a partir da época republicana, a idéia de *obligatio* estendeu-se dos deveres contratuais aos de delito, mas somente quatro (segundo Arangio-Ruiz o “hurto, robo, iniuria, *damnum iniuria datum*”⁴⁶²) produziam *obligatio*. Então, quem estivesse amparado por uma ação que adviesse da atividade pretoriana (como no caso do proprietário, o depositário, o comodatário) não seria *obligatus*, porque a pena pecuniária não lhe é imposta pelo direito, mas pelo edito do pretor. Isso explica, desde o antigo Direito Romano, a diferença que o tempo acabou estabelecendo, entre as ações decorrentes da *obligatio* e aquelas provenientes dos atos do pretor. No período do declínio do Império Romano, a partir das invasões bárbaras, vigorou o princípio da autodefesa privada e da vingança, que Arietta⁴⁶³ diz terem legitimado e justificado uma sempre mais acentuada justiça individualista que prescindiu de qualquer controle do poder jurisdicional.

O Direito Medieval trouxe importantes transformações no primitivo conceito de *obligatio*, que inicialmente desliga-se dos formalismos, perdendo sua original tipicidade. Além disso, acentua-se a transferência da esfera de responsabilidade da pessoa para o patrimônio até o momento em que, suprimida a prisão por dívidas, “el patrimonio constituye el único soporte del poder de realización por el acreedor de su interés”⁴⁶⁴ e, enfim, começa-se a aceitar a possibilidade de condenações de fazer ou não fazer. Além disso, a partir da Escola do Direito Natural, acresce-se às fontes das obrigações mais uma, que é a *lei*, a partir do pioneiro reconhecimento de Hugo Grocio. Quem credita a

⁴⁶¹ DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 53. “a *actio* que se atribui ao credor é exatamente, uma *actio in personam* porque se dirige contra a própria pessoa do devedor” (tradução livre do autor).

⁴⁶² ARANGIO-RUIZ, op. cit., 1952, p. 320. “furto, roubo, injúria, *damnum iniuria datum*” (tradução livre do autor).

⁴⁶³ ARIETA, Giovanni. **I Provvedimenti D’Urgenza**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1985. p. 4: “La prevalenza, a seguito delle invasioni barbariche, del principio dell’autodifesa privata e della vendetta, nonché la carenza di un’appropriata tutela giurisdizionale, determinata anche dall’inadeguatezza degli organi della pubblica amministrazione, legittimano e giustificano una sempre più accentuata “autogistizia individualistica”, che si esprime nell’esercizio della *vis privata* (dall’irrogazione della massima sanzione, la morte, sino all’apprensione materiale della persona dell’obbligato e dei suoi beni) a prescindere da ogni e qualsiasi controllo da parte della potestà giurisdizionale”. “A prevalência, seguida das invasões bárbaras, do princípio da autodefesa privada e da vingança, além da carência de uma apropriada tutela jurisdicional, determinada também pela inadequação dos órgãos da administração pública, legitimaram e justificaram uma sempre mais acentuada ‘autojustiça individualista’, que se exprime no exercício da *vis privata* (da aplicação da máxima sanção, a morte, senão a apreensão material da pessoa do obrigado e dos seus bens) a dispensar todo e qualquer controle de parte do poder jurisdicional” (tradução livre do autor).

⁴⁶⁴ DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 53. “o patrimônio constitui o único suporte do poder de realização, pelo credor, do seu interesse” (tradução livre do autor).

Grocio essa inclusão é Diez-Picazo, quando escreve que “con Grocio la ley aparece por primera vez como una fuente separada de obligaciones, a la cual, en definitiva, se reconducen todas aquellas que no tienen su origen ni en un contrato ni en un delito”⁴⁶⁵. Essa inclusão da lei entre as fontes das obrigações teve significativa relevância para a condenação: a *obligatio* foi potencializada, admitindo-se agora que também a lei produzia obrigações. O reflexo deu-se também em nível processual, com a conseqüente potencialização e ampliação da condenação.

O instituto da obrigação, em sua evolução histórica, encerra uma característica curiosa, porque o mundo moderno assiste a um retorno ao vínculo pessoal e não mais apenas patrimonial. Esse vínculo, evidentemente, é hoje “non piú legato al corpo, ma al comportamento dell’uomo”⁴⁶⁶, existindo uma tendência a considerar-se esse vínculo pessoal do devedor como um dos principais elementos da relação obrigacional.

No mesmo sentido, Diez-Picazo credita esse vínculo ainda ao Direito Romano, quando afirma que “de la definición de las fuentes romanas de la obligación como vínculo, se desprende que el deudor se encuentra sometido a la adopción necesaria y compulsiva de la actividad debida”⁴⁶⁷. É a partir desse vínculo, que o devedor sujeita-se ao poder coativo de que dispõe o credor, que provoca a atividade jurisdicional.

O sistema processual contemporâneo ainda carece de evolução no sentido de aceitação de novos modos de realização das pretensões fundadas em obrigações, capazes de conferir maior celeridade ao processo atendendo à prestação do credor, privado de seu direito creditício em face do inadimplemento do devedor.

Assim, faz-se necessário o desenvolvimento de mecanismos que se revelem capazes de conferir essa maior efetividade ao processo, necessidade que é percebida por Dernburg,

⁴⁶⁵ DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 136. “com Grocio a lei aparece pela primeira vez como uma fonte separada de obrigações, à qual, definitivamente, inclui todas aquelas que não têm sua origem nem num contrato, nem num delito” (tradução livre do autor).

⁴⁶⁶ MANDRIOLI, op. cit., 1953, p. 88. “não mais dirigido ao corpo, mas ao comportamento do homem” (tradução livre do autor).

⁴⁶⁷ DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 54. “da definição das fontes romanas da obrigação como vínculo, depreende-se que o devedor encontra-se submetido à adoção necessária e compulsória da atividade devida” (tradução livre do autor).

quando diz que “L’ideale della procedura è perciò la massima rapidità del procedimento, come la piena giustizia della decisione. Pure nel fatto facilmente si incrociano le esigenze per la realizzazione di tali postulati”⁴⁶⁸. Um dos efeitos perniciosos, na resolução das pretensões fundadas no Direito Obrigacional, é que, em regra, o sistema processual contemporâneo transfere para o credor todo o ônus que decorre do trâmite processual, que a condenação do inadimplente, seguida da execução forçada, não é capaz de devolver ao devedor, responsável pelo inadimplemento. Esse, indubitavelmente, é um dos motivos que justifica a análise das medidas coercitivas desenvolvidas pelos ordenamentos contemporâneos.

4.3.3 Sanção, Medida Coercitiva e o Atendimento da Pretensão do Autor

A sanção é a medida cuja imposição é decorrente da previsão legal, a partir da verificação da inobservância de um imperativo jurídico. Tem, em geral, dupla função, a primeira de restabelecer o equilíbrio perdido em face do descumprimento do preceito e, além disso, atua como um instrumento profilático, induzindo a vontade individual ao cumprimento espontâneo das obrigações.

No Direito Romano, a distinção hoje reconhecida entre as classes de sanções – civis e penais – não era bem definida. Liebman, analisando essa questão, refere que naquela época, a sanção cabível em face do descumprimento da obrigação atingia diretamente a pessoa do devedor, ou a totalidade de seu patrimônio. Isso representava um excesso ao conteúdo da própria obrigação. Por isso, o processualista confere a tal sanção um caráter parcialmente penal, caráter que também reconhece existente no Direito Primitivo dos povos germânicos. Conclui Liebman, então, que “é próprio dos tempos civilizados procurar moldar a sanção de tal forma que venha a ter eficácia satisfativa e não vingativa ou penal, proporcionando-a ao

⁴⁶⁸ DERNBURG, op. cit., p. 6. “O ideal do processo é pois a rapidez do procedimento, como a plena justiça da decisão. Todavia, no fato facilmente cruzam-se as exigências para a realização de tais postulados” (tradução livre do autor). Dernburg fundamenta seu argumento no aspecto de que “la necessità, per il creditore, di agire per ottenere il suo diritto, offre al debitore l’occasione sovente agognata di trarre in lungo l’adempimento, per modo che frattanto il creditore resta privo di quanto gli spetta, anche se ne abbia stretto bisogno, e malgrado sia possibile, che dopo la finale decisione del giudizio non più si rinvenga un patrimonio presso del debitore.” “a necessidade, para o credor, de agir para obter o seu direito, oferece ao devedora a ocasião muitas vezes esperada de protelar o adimplemento, de modo que ao tempo em que o credor resta privado daquilo que espera, mesmo que não houvesse a estrita necessidade, sendo possível que depois da decisão final do juízo não mais se encontre o patrimônio do devedor” (tradução livre do autor).

conteúdo da obrigação para que o credor seja, quanto possível, integralmente satisfeito, recebendo tudo que tem direito de receber, mas nada mais do que isso”⁴⁶⁹.

Os *tempos civilizados* que Liebman estabelece como sujeitos do abrandamento da sanção têm, certamente, um componente que não pode ser esquecido: é o pensamento cristão que a partir da concepção de um Deus único e do sentido de fraternidade, influenciou sobremaneira o Direito, especialmente no tocante à aplicação da sanção. Como refere Troplong, “ante Dios, todos los hombres son iguales; todos forman un mismo cuerpo, judíos, gentiles, esclavos; todos son libres, o llamados a un estado de libertad”⁴⁷⁰. De fato, a partir dessa sustentação de fraternidade, é natural entender-se porque a aplicação da sanção tornou-se mais tímida, acabando por reduzir-se e conformar-se a uma eficácia satisfativa.

A sanção romana não era um vínculo de atividade, mas um vínculo que se estabelecia em relação ao próprio corpo do devedor, tendo então um caráter universal. O devedor era *integralmente* responsável pelo adimplemento e, como diz Mandrioli, “è indubitabile che il vincolo di tutta la persona è qualcosa di più del vincolo della sua sola attività ed esprime concretamente e proprio obbligo alla prestazione”⁴⁷¹. Ainda, tendo presente essa característica do Direito Romano, é possível concluir que a prestação mesma, em sua efetiva identidade, somente poderia ser obtida a partir do adimplemento, nunca da execução.

Depois de reconhecer, também, que na antiga Roma havia previsão de severas penas processuais, como por exemplo, a possibilidade de impor-se ao devedor que negava o cumprimento da obrigação o seu pagamento em dobro, Dernburg sustenta a necessidade de cautela na imposição de penas processuais:

Esse per la maggiore parte colpivano senz'altro il soccombente, senza differenza se egli avesse condotto la lite cavillosamente, ovvero nella buona fede del suo diritto. Veramente nel fatto tale distinzione è giusta, ma poco pratica, poichè rende necessario, che al giudizio sulla causa principale segua uno spiacevole strascico sulla questione dei cavilli processuali del soccombente. Da ciò la necessità di essere cauti in generale nella inflizione di pene processuali. Nel diritto giustiniano esse erano

⁴⁶⁹ LIEBMAN, op. cit., 1963, p. 3.

⁴⁷⁰ TROPLONG, M. **La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano**. Traducción de Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Desclée de Brouwer, 1947. p. 43. “diante de Deus, todos os homens são iguais, todos formam um mesmo corpo, judeus, gentios, escravos; todos são livres, ou chamados a um estado de liberdade” (tradução livre do autor).

⁴⁷¹ MANDRIOLI, op. cit., 1953, p. 17. “é indubitoso que o vínculo de toda a pessoa é algo a mais do vínculo apenas sobre a sua atividade e exprime concreta e propria obrigação à prestação” (tradução livre do autor).

già diminuite di molto. Il Codice civile le ha totalmente abolite. Il soccombente deve però di regola sopportare le spese processuali.⁴⁷²

Salvatore Satta reconhece que a sanção representa a modificação jurídica que a lei predispõe para restauração do direito violado, informa-se no conteúdo da própria restauração e tem por objetivo principal “reintegrare la posizione giuridica violata, che si deve cercar dela funzione essenziale della giurisdizione”⁴⁷³. Nesse mesmo sentido, é na realização da sanção que se encontra a essência da restauração do direito violado. No entanto, Satta pressupunha que o Direito Romano separava a dívida da responsabilidade e, por conta disso, desenvolveu-se no sentido de afirmar a dívida como elemento totalmente autônomo da responsabilidade.

Procurando explicar essa relação entre dívida e responsabilidade, Diez-Picazo observa que “en el momento histórico más antiguo, las obligaciones nacen únicamente de los delitos”⁴⁷⁴, reconhecendo que a distinção entre dívida e responsabilidade aparece num momento posterior, quando as obrigações surgem também dos contratos. Assim, a partir desse momento é que se passa a compreender a responsabilidade como a submissão ao poder jurídico do credor. Na modernidade, então, a responsabilidade representa, do ponto de vista do credor, “el poder de coacción que el ordenamiento le atribuye”⁴⁷⁵, que é, enfim, o de realizar a execução.

De qualquer maneira, a não compreensão da dívida e da responsabilidade como dois elementos da mesma obrigação é que determinou a não aceitação da existência de direito do credor sobre a atividade do devedor e restringiu tal direito, pois, ao patrimônio. A influência dessa teoria contribuiu, certamente, para a não aceitação da adoção das medidas coercitivas para satisfação das obrigações.

⁴⁷² DERNBURG, op. cit., p. 7. “Essas em geral causavam dano a não outro que ao sucumbente, sem diferenciar se ele havia conduzido a lide arditosamente, ou estivesse de boa-fé. Verdadeiramente no fato tal distinção é justa, mas pouco prática, porque torna necessário que o juízo da causa principal siga uma fastidiosa jornada sobre a questão dos ardis processuais do sucumbente. Daí a necessidade de ser cautelosos, em geral, na imposição de penas processuais. No direito justiniano elas já eram reduzidas. O Código Civil aboliu-as totalmente. O sucumbente deve, porém, em regra, suportar as despesas processuais” (tradução livre do autor).

⁴⁷³ SATTÀ, op. cit., 1939, p. 27. “reintegrar a posição jurídica violada, que deve cercar-se da função essencial da jurisdição” (tradução livre do autor).

⁴⁷⁴ DIEZ-PICAZO, op. cit., p. 60. “no momento histórico mais antigo, as obrigações nascem unicamente dos delitos” (tradução livre do autor).

⁴⁷⁵ “o poder de coação que o ordenamento lhe atribui” (tradução livre do autor). Segundo Diez-Picazo, esse poder de coação pode deflagrar a execução, contra a pessoa ou contra os bens do devedor (Idem, p. 61).

A sanção civil, para Redenti, terá um objetivo restitutivo, reintegrativo ou de reparação e tenderá a restabelecer, coativamente e pela autoridade do juiz, uma situação de fato equivalente àquela que seria verificada se fossem observados os preceitos legais. É por isso que o processualista permite-se afirmar: “anche prima che siano attuate, si può dire che la possibilita (garantita) di conseguire un risultato in via di sanzione s’innesta sullo strappo prodotto dalla inosservanza di precetti giuridici, la aspettativa della sanzione prende il posto della (fallita) aspettativa della spontanea osservanza”⁴⁷⁶.

Assim é que Redenti, depois de reconhecer que as sanções são previstas e disciplinadas no Direito, conclui que “i giudici, nella loro applicazione, esercitano pertanto una funzione in ordine al diritto (come è di essenza della nozione di giustizia), ma che è, essa medesima, attuazione od applicazione di diritto”⁴⁷⁷, percebendo então que a sanção se realiza no caso concreto, a partir da atividade do juiz que deve proceder numa reconstrução interpretativa das normas jurídicas, após a verificação do fato.

Ao fazer atuar a sanção, o órgão jurisdicional comete provimento de autoridade e não um mero enunciado teórico. De fato, a aplicação da sanção pressupõe a preexistente situação jurídica que garante os efeitos da sanção aplicada. Ou seja, é possível dizer que é da essência da sanção a autoridade que impõe sua observância. E a atuação da sanção está exatamente dependente da inobservância do comando, sendo de Thon a constatação que isso determina, afinal, o próprio objetivo da sanção, o alcance daquilo que é desejado, quando refere que “la coazione all’adempimento trova il suo motivo nell’illecita inosservanza del comando, ma il suo scopo è proprio quello stesso che si proponeva quest’ultimo: il conseguimento di quanto è desiderato”⁴⁷⁸.

A mesma idéia é sustentada por Mandrioli, quando afirma a coação como invasão da esfera jurídica de outro, agindo sobre a personalidade, no sentido de limitação da autonomia

⁴⁷⁶ REDENTI, op. cit., p. 55. “ainda antes de atuarem, pode-se dizer que a possibilidade (garantia) de conseguir um resultado através da sanção insere-se na ruptura produzida pela inobservância dos preceitos jurídicos, a expectativa de sanção ocupa o lugar da (falida) expectativa da observância espontânea” (tradução livre do autor).

⁴⁷⁷ Idem, p. 44. “os juízes, na sua atividade, exercitam portanto uma função na ordem do direito (como é de essência da noção de justiça) mas que é, ela mesma, atuação ou aplicação do direito” (tradução livre do autor).

⁴⁷⁸ THON, Augusto. **Norma Giuridica e Diritto Soggettivo**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1951. p. 44. “a coação ao adimplemento encontra seu fundamento na ilícita inobservância do comando, mas o seu objetivo é exatamente aquele mesmo que se propunha a este último: o alcance daquilo que é desejado” (tradução livre do autor).

do comportamento. É por isso que, para o processualista italiano, “realizzare coattivamente un diritto significa ormai conseguir la possibilità di esercizio de quel diritto contro la volontà del debitore”⁴⁷⁹, de modo que pela execução ocorre a própria substituição da atividade do devedor, desenvolvendo-se a ação no mesmo campo dos poderes que o devedor poderia e deveria ter exercitado.

A diferenciação entre execução e medidas coercitivas é reconhecida por Carnelutti, que trata a primeira como a prática da efetiva lesão ao interesse do obrigado que deveria estar subordinado pelo cumprimento, enquanto entende por medidas coercitivas aquelas formas intermediárias, em que “el aspecto funcional tiene las características de la ejecución y el aspecto estructural presenta com la misma nitidez los síntomas de la pena”⁴⁸⁰ e que representam, enfim, uma coação ao cumprimento e não o próprio cumprimento da obrigação.

Ao recuperar as concepções do Direito Romano, Proto Pisani afirma que “come è noto, infatti, l’attuazione della condanna (anche solo pecuniaria) in diritto romano avveniva attraverso modalità molto più vicine alla tecnica delle misure coercitive che a quella della esecuzione forzata in senso stretto”⁴⁸¹.

Não se pode esquecer do fato de que no primitivo período, das *legis actiones*, a “execução era feita sobre a própria pessoa do devedor, que era aprisionado e entregue ao exequente na condição de escravo”⁴⁸². Nos períodos seguintes, o Direito Romano foi-se afastando da responsabilização pessoal, direcionando-se no sentido de alcançar o patrimônio do devedor. Porém, não se esqueceu da coerção, afinal perdida na condenação do processo contemporâneo.

⁴⁷⁹ MANDRIOLI, op. cit., 1953. p. 20. “realizar coativamente um direito já significa alcançar a realização daquele direito contra a vontade do devedor” (tradução livre do autor). O autor também esclarece que “la penetrazione coattiva che com l’esecuzione si effettua, non è tanto nella sfera giuridica del debitore (che non viene privato di alcun diritto, tranne che nell’espropriazione), quanto nella di lui *sfera di autonomia*”. “a penetração coativa que se efetua com a execução, não é tanto na esfera jurídica do devedor (que não se torna privado de algum direito, exceto na expropriação), quanto na sua *esfera de autonomia*” (tradução livre do autor).

⁴⁸⁰ CARNELUTTI, op. cit., 1952, p. 391. “o aspecto funcional tem as características da execução e o aspecto estrutural apresenta com a mesma nitidez os sintomas da pena” (tradução livre do autor).

⁴⁸¹ PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla Tutela di Condanna*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, ano XXXII, n. 3, p. 1.145, set. 1978. “de fato, como é visto, a atuação da condenação (ainda que somente pecuniária) no direito romano dava-se através de modalidades muito mais próximas da técnica das medidas coercitivas do que daquela da execução forçada em sentido estrito” (tradução livre do autor).

⁴⁸² MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. **Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado**. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 11.

No entanto, decisivo mesmo era o procedimento da *actio iudicati* que se seguia àquele da *condemnatio* e poderia representar, inclusive, a dobra do valor da condenação. Assim, confirmando essa existência das medidas coercitivas, decorrentes da condenação, a *actio iudicati* representava a aplicação de uma medida coercitiva ao autor que resistia à *condemnatio*, como reconhece Wenger, quando afirma que a “*actio iudicati* es un fenómeno que llama la atención a causa de que la realización de la *actio* reiterada puede conducir otra vez solamente a una condena pecuniaria aunque sea al doble importe de la suma objeto del fallo originário”⁴⁸³.

Analisando a questão pela ótica inversa: superados os componentes dogmáticos e ideológicos, não se sustenta a efetiva distinção entre a declaração e a condenação. Todavia, o sistema processual faz claramente tal distinção, pelos motivos culturais, econômicos e políticos que influenciaram na sua formação. E, embora o sistema se encontre orientado nesse sentido, de distinguir a atividade apenas declarativa daquela condenatória, mantém situação paradoxal, na medida em que não traz instrumentos que permitam tal distinção também no campo efetual.

Se o processo contemporâneo distingue declaração da condenação – distinção que se entende injustificada – então deve construir mecanismos que produzam essa diferença, como a recente multa prevista para o inadimplemento da condenação judicial e, também, a aceitação do comando mandamental na condenação.

E Ovídio Baptista da Silva reconhece que, também em face da concepção de que a jurisdição apenas poderia declarar e, para realizar-se, deveria existir a verificação exauriente dos fatos, os interditos romanos eram excluídos desse conceito de jurisdição. Porém, com peculiar lucidez, o processualista arremata que “a *mandamentalidade* porventura contida no provimento judicial, ainda quando a ordem (*jussum*) seja preponderante, não desnatura a índole jurisdicional da atividade do juiz”⁴⁸⁴.

⁴⁸³ WENGER, Leopold. **Actio Iudicati**. Traducción de Roberto Goldschmidt y Jose Julio Santa Pinter. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1954. p. 22. “*actio iudicati* é um fenômeno que chama a atenção porque a realização da *actio* reiterada pode conduzir outra vez somente a uma condenação pecuniária ainda que seja ao dobro da soma objeto da sentença originária” (tradução livre do autor).

⁴⁸⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 56.

Proto Pisani observa que em 1938 o penalista italiano Giuliano Vassalli buscara demonstrar que o Código Penal Italiano, de 1930, continha uma disposição que garantia a tutela plena da condenação civil, reconhecendo os limites da execução forçada. O mencionado artigo dispunha acerca da aplicação de conseqüências penais para o condenado que frustrasse a execução, a partir da prática de atos simulados ou fraudulentos.

O mencionado dispositivo subordinava a tipificação penal não apenas à existência da condenação descumprida, mas à presença da simulação e da fraude. Não se prestava, evidentemente, para os casos em que o devedor condenado apenas deixava de atender à condenação. Todavia, a importância para o estudo que se propõe está na proteção conferida à autoridade da decisão judicial, que Proto Pisani bem reconhece, ao afirmar acerca do mencionado dispositivo que “il bene protetto è l’autorità della decisione giudiziaria e non l’efficacia esecutiva in senso stretto della sentenza”⁴⁸⁵.

A vantagem da proposição, assim percebida por Proto Pisani, está no resguardo da autoridade da decisão judicial, porque o devedor condenado que descumpre a condenação imposta não pode passar ileso, sem prejuízo algum. Afora a condenação nos encargos que poderão advir em face do ajuizamento da execução forçada e a recente previsão de incidência de multa, nenhum outro ônus é imposto ao devedor que simplesmente recusa o cumprimento da condenação, o que justifica a atenção das medidas coercitivas.

4.3.4 Os Modelos Contemporâneos de Medidas Coercitivas: Inglês, Germânico e Francês

As medidas coercitivas representam as formas de que dispõem os ordenamentos para garantir a realização das pretensões que requerem a tutela jurisdicional. A tutela executiva, campo natural para o desenvolvimento e atuação das medidas coercitivas, ganha importância cada vez maior dentro da atividade jurisdicional.

⁴⁸⁵ PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996. p. 178. “o bem protegido é a autoridade da decisão judicial e não a eficácia executiva em sentido estrito da sentença” (tradução livre do autor).

Tais medidas, que Vittorio Denti denomina “penas executivas”⁴⁸⁶, podem depender do complexo de poderes do órgão judiciário, admitindo-se espaço para a discricionariedade do juiz, a partir do caso concreto, variando os ordenamentos, todavia, nas formas que se apresentam, bem como na esfera de discricionariedade conferida ao órgão judicante.

Dentre esses diversos modelos, certamente aquele que desperta maior atenção é o inglês, que encerra peculiaridades decorrentes do próprio sistema jurídico, da *Common Law*. Quando compara as tradições do *Common Law* e do *Civil Law*, Merryman destaca a questão relativa à executoriedade da sentença, apontando que “i sistemi di Civil Law non prevedono niente di simile all’istituto anglo-americano del *contempt of court* in materia civile”⁴⁸⁷. Assim, no sistema do *Common Law*, aquele que recusa o cumprimento da determinação judicial pode sofrer inclusive a pena de prisão, verificando-se uma *pessoalização* das obrigações impostas nas decisões judiciais, enquanto que o sistema da *Civil Law* “tende ad operare esclusivamente *in rem*”⁴⁸⁸.

É por isso que, nos sistemas do *Civil Law*, quando ocorre a resistência do adversário, o único modo de obter a satisfação é através do ressarcimento dos danos ou, ainda referindo Merryman, “I rimedi giurisdizionali nel processo civile sono quase interamente limitati a que provvedimenti che possono dar luogo ad un’esecuzione sul patrimonio del debitore”⁴⁸⁹. Esse aspecto conduz a um desprestígio da função do juiz que, embora sendo um importante funcionário do Estado, produz determinações que podem ser desobedecidas pelas partes sem maiores ou graves conseqüências.

O aspecto tem especial relevância no ressarcimento dos danos. Enquanto que no *Common Law* é comum a aplicação de penas múltiplas em face do inadimplemento, no *Civil Law*, no processo civil, “come regola generale, il risarcimento accordato all’attore si limita all’indennizzo per la perdita che egli ha sofferto”⁴⁹⁰. Eventual reprovação de conduta caberá apenas na esfera penal, não se encontrando alternativas dentro do processo civil.

⁴⁸⁶ DENTI, Vittorio. *L’Esecuzione Forzata in Forma Specifica*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 59. “penas executivas” (tradução livre do autor).

⁴⁸⁷ MERRYMAN, op. cit., p. 180. “os sistemas de *Civil Law* não prevêm nada semelhante ao instituto anglo-americano do *contempt of court* em matéria civil” (tradução livre do autor).

⁴⁸⁸ Id-Ibidem. “tende a operar exclusivamente *in rem*” (tradução livre do autor).

⁴⁸⁹ Idem, p. 181. “Os remédios jurisdicionais no processo civil são quase inteiramente limitados aos provimentos que possam dar lugar a uma ‘execução sobre o patrimônio do devedor’” (tradução livre do autor).

⁴⁹⁰ MERRYMAN, op. cit., p. 182. “como regra geral, o ressarcimento concedido ao autor limita-se à indenização pela perda que sofreu” (tradução livre do autor).

O Direito Inglês, que também incorporou o Direito Romano, o fez de forma diversa, porque a tradição produziu essa incorporação a partir do costume, já que no *Common Law* não existe a codificação. No dizer de Caenegem, o direito inglês “è un prodotto della storia, molto più di qualunque sistema basato su una codificazione che operi una cesura entro uno sviluppo organico di secoli”⁴⁹¹.

É assim, uma consequência da história e, certamente por esse aspecto, conseguiu-se o desenvolvimento de um sistema mais fiel às origens romanas: o *contempt of court* do Direito Inglês é, afinal, um representante do procedimento interdital na modernidade. Como observa Talamini, “é inevitável a comparação entre a concessão de interditos pelo pretor romano e a *equity* inglesa, em sua conformação original, pela similaridade de características”⁴⁹².

Uma das características do sistema inglês é a histórica distinção entre *common law* e a *equity*, que acabou representando a solução para “situazioni non tutelabili *at law*”⁴⁹³, fornecendo alternativas para essas situações não expressamente tipificadas.

Entre esses remédios, está a *injunction* que representa, segundo Taruffo, “un ordine di fare (*mandatory*) o di non fare o cessare un comportamento lesivo (*prohibitory*), che può avere natura cautelare o finale, ma che ha la caratteristica di adattarsi, nel suo specifico contenuto, a qualunque situazione bisognosa di tutela”⁴⁹⁴. Completando esse raciocínio, Molina Pasquel observa que a *injunction* “es um procedimiento judicial que opera

⁴⁹¹ CAENEGEM, Raoul C. van. **I Signori del Diritto**. Traduzione di Laura Ascheri Lazzari. Milano: Giuffrè, 1991. p. 19. “é um produto da história, muito mais do que qualquer sistema baseado na codificação que realize um controle num desenvolvimento orgânico de séculos” (tradução livre do autor).

⁴⁹² TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 82. Todavia, depois de fazer tal afirmação, o autor ressalva que “há – é bem verdade – quem considere duvidosa tal ligação de parentesco, preferindo vincular a *injunction* aos antigos *writs* da própria *common law*”.

⁴⁹³ TARUFFO, Michele. L’Attuazione Esecutiva dei Diritti: Profili Comparatistici. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, ano XLII, n. 1, p. 145, mar. 1988. “situações não tuteláveis *at law*” (tradução livre do autor).

⁴⁹⁴ Idem, p. 146. “uma ordem de fazer (*mandatory*) ou de não fazer ou de cessar um comportamento lesivo (*prohibitory*), que pode ter natureza cautelar ou final, que tem a característica de adaptar-se, no seu conteúdo específico, a qualquer situação que necessite de tutela” (tradução livre do autor).

in personam y por el cual se requiere a aquel hacia quien es dirigido, a fin de que haga o se abstenga de hacer alguna cosa en particular”⁴⁹⁵. É exatamente esse caráter personalíssimo, garantidor da efetividade do instituto, que lhe dá a relevância que tem no ordenamento inglês.

Acerca da tutela prestada através da *equity*, Frignani aponta que “sul filone dei mezzi di tutela previsti e regolati della *common law*, la *equity* innestò una serie piuttosto nutrita di nuovi rimedi”⁴⁹⁶, reconhecendo ainda que todos os remédios da *equity* são produto da discricionariedade e sua concessão depende da verificação da existência dos fatores que os autorizam, no caso concreto.

O instituto da *injunction* tem sua sustentação a partir dos meios que o ordenamento consagra, para garantir a efetividade das ordens emanadas do órgão judiciário. Esse instituto, que no dizer de Molina Pasquel representa “el amparo contra particulares”⁴⁹⁷ tem como meio de garantia o *contempt of court* através do qual, segundo Mandrioli, “costatta l’avvenuta vana notifica della sentenza, e attribuita alla mancata esecuzione della stessa nei termini prefissi, il carattere di oltraggio alla Corte (*contempt of Court*), viene disposto a carico del debitore renitente una multa o l’arresto”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ MOLINA PASQUEL, Roberto. **Contempt of Court**. México: Fondo de Cultura Económica, 1954. p. 70. “é um procedimento judicial que opera *in personam* e pelo qual se requer àquele a quem é dirigido, a fim de que faça ou se abstenha de fazer alguma coisa em particular” (tradução livre do autor).

⁴⁹⁶ FRIGNANI, op. cit., p. 38. “na orientação dos meios de tutela previstos e regulados no *common law*, a *equity* inseriu uma série muito mais desenvolvida de novos remédios” (tradução livre do autor). A respeito da natureza da *injunction*, Frignani diz também que “l’*injunction* si oppone ai rimedi di *common law*: essa é, in primo luogo, un rimedio specifico, diretto cioè a procurare la realizzazione concreta del diritto, o delle aspettative legittime dell’attore, contrariamente al rimedio dei *damages* che ha una funzione genericamente compensatória” (p. 175). “a *injunction* opõe-se aos remédios de *common law*: essa é, em primeiro lugar, um remédio específico, destinado a buscar a realização concreta do direito ou das expectativas legítimas dos autores, contrariamente ao remédio dos *damages* que têm uma função genericamente compensatória” (tradução livre do autor).

⁴⁹⁷ MOLINA PASQUEL, op. cit., p. 68. “o amparo contra particulares” (tradução livre do autor).

⁴⁹⁸ MANDRIOLI, op.cit., 1953, p. 101. “constatada a notificação da sentença e reconhecida a falta de execução da mesma nos termos determinados, o caráter de ultraje à Corte (*contempt of court*) impõe ao devedor renitente uma multa ou o arresto” (tradução livre do autor).

O *contempt of court*, para Frignani, é “constituída da un atto di disprezzo della corte o di disobbedienza a un ordine del giudice”⁴⁹⁹, estando atualmente tão presente na jurisdição da *equity* que, como refere o autor, “senza il *contempt of court*, l’*equity* non saprebbe come fare per realizzare coattivamente la maggior parte dei suoi comandi”⁵⁰⁰. Trata-se de uma solução que não ocorre na esfera do direito penal, mas através de uma “jurisdicción disciplinaria”⁵⁰¹, em que o obrigado encontra-se submetido ao âmbito disciplinário do juiz. Por isso, o não cumprimento da obrigação representa um menosprezo e uma ofensa ao tribunal.

O *contempt of court* tem uma função de conferir força às decisões judiciais ou, no dizer de Ugo Mattei, “garantire l’effettività delle decisioni della corte”⁵⁰². A *injunction* se constitui num remédio que preserva a discricionariedade do julgador⁵⁰³, não se quedando a concepções formalísticas. Essa discricionariedade do julgador está presente desde a natureza das oposições que se podem formular, que acabam por conferir ao julgador essa discricionariedade, fazendo do procedimento da *injunction* uma ordem de conteúdo variável, de acordo com o objeto que deva ser alcançado.

O *contempt of court* está fundado num princípio do Direito Inglês que não distinguia o Direito Público do Direito Privado e, então, o princípio da disciplina, ou do respeito pelas decisões judiciais, está interrelacionado com o princípio da liberdade, ou do respeito pelo

⁴⁹⁹ FRIGNANI, op. cit., p. 213. “é constituída por um ato de desprezo à corte ou de desobediência a uma ordem do juiz” (tradução livre do autor). O autor afirma, ainda, que “l’espressione abbraccia pertanto una vastissima serie di offese contro l’amministrazione della giustizia, che i giuristi di *common law* hanno cercato di enucleare in categorie diverse, proponendo una qualificazione di vari tipi di *contempt of court* secondo svariati criteri. Si deve rilevare, in proposito, che tali distinzioni non sono basate su differenze strutturali dell’istituto in esame, bensì assumono come criterio discretivo da un lato, modalità concrete nelle quali si può realizzare quel disprezzo della corte, che costituisce appunto l’essenza dell’istituto del *contempt* e, dall’altro, le regole processuali cui è sottoposto il procedimento per *contempt*”. “a expressão engloba, portanto, uma vastíssima série de ofensas contra a administração da justiça, que os juristas de *common law* tem procurado classificar em categorias diversas, propondo uma qualificação dos vários tipos de *contempt of court* segundo variados critérios. Deve-se observar, a propósito, que tais distinções não são baseadas nas diferenças estruturais do instituto em exame, mas assumem como critério de juízo, por um lado modalidades concretas nas quais pode-se realizar aquele desprezo pela corte, que constitui o ponto essencial do instituto do *contempt* e, de outro, as regras processuais que baseiam o procedimento por *contempt*” (tradução livre do autor).

⁵⁰⁰ Idem, p. 221. “sem o *contempt of court*, a *equity* não saberia como fazer para realizar compulsoriamente a maior parte dos seus comandos” (tradução livre do autor).

⁵⁰¹ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 463. “jurisdicción disciplinar” (tradução livre do autor).

⁵⁰² MATTEI, Ugo. **Tutela Inibitória e Tutela Risarcitoria**. Milano: Giuffrè, 1987. p. 124. “garantir a efetividade das decisões da corte” (tradução livre do autor). O autor esclarece que o instituto busca repelir os comportamentos tidos por ultrajantes à decisão judicial e ao próprio órgão que proferiu a decisão.

⁵⁰³ Refere Mattei que “il *contempt of court* è un rimedio *equitable* e non è quindi possibile scamparne le conseguenze sulla base di argomentazioni formalistiche” (Idem, p. 1.246). “o *contempt of court* é um remédio *equitable* e não é por isso possível desviar-se das suas conseqüências com base em argumentações formalísticas” (tradução livre do autor).

direito alheio. O *contempt of court* “non è fine a se stesso, ma costituisce un mezzo di coazione indiretta all’ubbidienza del comando del giudice, contenuto in una *injunction*”⁵⁰⁴ tendo, por isso, a função de alcançar a realização da pretensão que é objeto da *injunction*.

Dentre as modalidades do *contempt of court*, o *civil contempt* é o desacato civil, representado pelo descumprimento de alguma ordem do Tribunal como, por exemplo, desobedecer a uma *injunction*. Tem cabimento a partir do reconhecimento de que, não cumprido o mandado expedido em favor do individual, o próprio Tribunal resta afrontado e espezinhado pela conduta e resistência do requerido. Por sua vez, o *criminal contempt*, que é o desacato criminal, ou a conduta que ofende a dignidade e autoridade do Tribunal, está mais afeto ao desprezo que cause má reputação ao Tribunal. O desacato civil também pode conter características de *criminal contempt*. A distinção entre as duas espécies determina se o processamento do *contempt* ocorrerá de acordo com as regras da *Equity* ou pelos princípios do Direito Penal.

No tocante à preservação dos interesses privados ligados ao Direito Obrigacional, é aplicável então o *civil contempt*, quando o litigante se recusa a obedecer a ordem do Tribunal, ditada em benefício do adversário. Essas medidas, como refere Molina Pasquel, “son civiles, reparatorios y coercitivos em su naturaleza”⁵⁰⁵, sendo diversificadas em face da ordem descumprida.

Como acima referido, são diversos os atos que constituem o desprezo pela corte, o menosprezo pelo Tribunal. Em relação ao descumprimento da decisão que ordena o pagamento de dinheiro, considerando a existência das disposições constitucionais que proíbem a prisão por dívidas, alguns tribunais consideram que não se pode caracterizar como desacato tal desobediência. Todavia, outros tribunais apegam-se ao argumento de que “el encarcelamiento por *contempt* por dejar de pagar dinero como lo ordena un tribunal no es prisión por deudas dentro del significado de la Constitución”⁵⁰⁶. Assim, o desprezo

⁵⁰⁴ FRIGNANI, op. cit., p. 238. “não é fim em si mesmo, mas constitui um meio de coação indireta à obediência do comando do juiz, contido numa *injunction*” (tradução livre do autor).

⁵⁰⁵ MOLINA PASQUEL, op. cit., p. 95. “são civis, reparatorias e coercitivas em sua natureza” (tradução livre do autor).

⁵⁰⁶ Idem, p. 110. “o enclausuramento por *contempt* por deixar de pagar dinheiro como ordena o tribunal não é prisão por dívidas dentro do significado da Constituição” (tradução livre do autor).

justifica-se não pela ausência de pagamento, mas pela desconsideração da decisão judicial, o que permite a aplicação do *contempt*.

Um segundo ordenamento que merece destaque no tocante às medidas coercitivas, com o propósito de garantir a efetividade das pretensões formuladas aos órgãos judiciários, é o germânico que se caracteriza pela retirada da discricionariedade do julgador, disciplinando as diversas modalidades de execução. Todavia, Taruffo, afirmando que “si tratta inoltre di un sistema tendenzialmente completo”⁵⁰⁷, sustenta que é ilusória essa pretensão legislativa, especialmente porque deixa pouco espaço para a atividade criativa do julgador, que sempre existirá.

Com efeito, no modelo germânico, as medidas executivas têm tipologia bem definida no diploma processual, com correspondência à estrutura das obrigações. Essa rigorosa tipificação produz uma limitação da atividade criadora do órgão judicante, como refere Taruffo, que aponta para o fato de que “la chiarezza si traduce in scarsa elasticità del sistema delle tutele esecutive”⁵⁰⁸. É possível, então, afirmar que nesse sistema a atividade discricional do julgador não alcança sua plenitude, que se recomenda a partir da percepção de que os poderes do juiz têm o propósito de garantir o interesse do próprio Estado⁵⁰⁹.

Não se pode negar, todavia, que o ordenamento alemão apresenta um quadro evoluído em relação à adoção de medidas executivas que, além das penas pecuniárias, da disciplina envolvendo a consignação de coisa e a previsão de arresto de bens, também registra o peculiar “giuramento di manifestazione (*Offenbarungseid*)”⁵¹⁰, cabível nos casos em que não se tenha encontrado a coisa (obrigações para entrega de coisa), representado pelo juramento do

⁵⁰⁷ TARUFFO, op. cit., p. 156. “trata-se outrossim de um sistema tendencialmente completo” (tradução livre do autor).

⁵⁰⁸ Idem, p. 161. “a clareza se traduz na reduzida elasticidade do sistema das tutelas executivas” (tradução livre do autor).

⁵⁰⁹ Acerca da discricionariedade da função do julgador, Ferruccio Tommaseo afirma que “una discrezionalità in senso tecnico può essere ravvisata solo con riferimento a due diversi tipi d’esercizio dell’attività giurisdizionale: da un lato nei poteri che il giudice esercita al fine d’attuare l’interesse dello Stato all’ordinato e efficace svolgimento concreto della funzione giurisdizionale, dall’altro nelli ipotesi in cui il giudice determina il contenuto d’un provvedimento cosiddetto dispositivo ricorrendo a criteri equitativi” (TOMMASEO, Ferruccio. **I Provvedimenti d’Urgenza**. Padova: CEDAM, 1983. p. 329. “uma discricionariedade em sentido técnico pode ser reconhecida apenas em relação a dois tipos diversos de exercício da atividade jurisdicional: de um lado nos poderes que o juiz exerce a fim de atuar o interesse no Estado ao ordenado e eficaz desenvolvimento concreto da função jurisdicional, de outro nas hipóteses nas quais o juiz determina o conteúdo de um provimento assim dito dispositivo, recorrendo a critérios equitativos” (tradução livre do autor).

⁵¹⁰ DENTI, op. cit., p. 49. “juramento de manifestação (*Offenbarungseid*)” (tradução livre do autor).

devedor, de que não possui a coisa e não sabe onde está. Assim, diz Vittorio Denti, “la misura ha pertanto finalità coercitiva, allo scopo di giungere, attraverso la pressione sulla volontà del debitore, al reperimento dei beni oggetto della esecuzione”⁵¹¹.

Nesse modelo germânico, a pena pecuniária, imposta ao devedor, é devida em favor do Estado e não do credor, o que diferencia essa prática de outras reconhecidas nos ordenamentos, como no caso das *astreintes* francesas.

O sistema francês é marcado pela presença da *astreinte* que “constituisce una condanna provvisoria ed il giudice ha il potere di modificarla, secondo le circostanze, durante il periodo di persistenza nel rifiuto del debitore, di adempire all’obbligazione”⁵¹². As *astreintes* não constituem uma forma de ressarcimento de danos, mas uma condenação pecuniária que serve de ameaça, tendo o propósito de induzir o devedor ao adimplemento.

As *astreintes* francesas têm, assim, uma função cominatória, dizendo Taruffo que se trata de “una vera e propria misura coercitiva, come tale diretta a influire sulla volontà del debitore per indurlo all’attuazione specifica dell’obbligo”⁵¹³. Nessa hipótese, a fixação da *astreinte* deve observar o caso concreto, bem como a capacidade de resistência do obrigado.

As *astreintes*, no sistema francês, podem ser aplicadas a partir da *jurisdiction des référés*, que se constitui num procedimento de urgência destinado a resolver a dificuldade da execução, ocupando um relevante papel em relação ao poder geral de cautela do órgão judicante. Nesse procedimento, se o juiz “non può pronunciare un provvedimento di condanna

⁵¹¹ DENTI, op. cit., p. 49. “a medida tem portanto finalidade coercitiva, com o objetivo de impor, através da pressão sobre a vontade do devedor, ao encontro dos bens objeto da execução” (tradução livre do autor).

⁵¹² FRIGNANI, op.cit., p. 563. “constitui uma condenação provisória e o juiz tem o poder de modificá-la, segundo as circunstâncias, durante o período em que persistir a resistência do devedor, de adimplir a obrigação” (tradução livre do autor).

⁵¹³ Conforme TARUFFO, op. cit., p. 164. “uma verdadeira e própria medida coercitiva, como tal destinada a influenciar sobre a vontade do devedor para induzi-lo a atuação específica da obrigação” (tradução livre do autor). Para Taruffo, aliás, “l’*astreinte* non si configura più, dunque, come una tecnica di esecuzione indiretta connessa a particolari tipi di situazioni sostanziali, ovvero a situazioni nelle quali non siano utilizzabili altre forme di esecuzione, ma come istituto generale, applicabile in ogni caso ed anche in concorrenza, e di preferenza, rispetto ad altri strumenti di attuazione dei provvedimenti del giudice”. “a *astreinte* não se configura mais, portanto, como uma técnica de execução indireta conexas a particulares espécies de situações substanciais, ou seja, a situações nas quais não são utilizáveis outras formas de execução, mas como instituto geral, aplicável em todos os casos e também em concorrência, e de preferência, respeitando os outros instrumentos de atuação dos proventos do juiz” (tradução livre do autor).

al risarcimento di danni ed al pagamento di interessi, può pronunciare un'*astreinte*'⁵¹⁴. Embora representem uma construção jurisprudencial, as *astreintes* francesas constituem-se num excelente instrumento para “coaccionar la voluntad del obligado por orden judicial a su acatamiento”⁵¹⁵, podendo-se considerá-las assemelhadas ao *contempt of court*, em que se submete ao processualmente obrigado uma multa para a hipótese de desobediência à decisão judicial.

As *astreintes*, assim, constituem-se em medida coercitiva, em seu amplo senso, prestando-se a garantir o cumprimento da ordem emanada do julgador, alcançando a tutela relativa aos deveres obrigacionais ou não, tenham ou não cunho patrimonial.

Uma das distinções que se observam entre o modelo germânico e o francês é que no primeiro, como refere Vittorio Colesanti, o desenvolvimento das medidas coercitivas “sempre ricollegate alla violazione dell'autorità”⁵¹⁶ aparece não tanto com o propósito de satisfação do interesse individual, mas como punição daquele que viola a determinação judicial. É, aqui, uma constatação similar aos propósitos do *contempt of court* do modelo do *Common Law*. Diversamente, o modelo francês está mais orientado no atendimento do interesse individual, ainda que a satisfação ocorra por via equivalente, pela aplicação das *astreintes*.

Além disso, existem ordenamentos que consagram possibilidades processuais análogas, capazes de produzir, pelo menos, um efeito similar. É o caso dos decretos injuntivos do processo italiano que produzem uma declaração sumária e suscetível de oposição.

Discorrendo sobre a importância das medidas coercitivas, Proto Pisani atribui-lhes a qualidade de provocar o adimplemento espontâneo, a partir de uma “minaccia di una lesione del suo interesse più grave di quella che gli cagiona l'adempimento”⁵¹⁷. É esse, de fato, o principal justificador da adoção das medidas coercitivas em relação às pretensões relativas ao

⁵¹⁴ ARIETA, op. cit., p. 20. “não pode pronunciar um provimento de condenação ao ressarcimento dos danos e ao pagamento de interesses, pode pronunciar um *astreinte*” (tradução livre do autor).

⁵¹⁵ MOLINA PASQUEL, op. cit., p. 75. “coagir a vontade do obrigado por ordem judicial ao seu acatamento” (tradução livre do autor).

⁵¹⁶ COLESANTI, Vittorio. *Misure Coercitive e Tutela dei Diritti. Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, ano XXXV, n. 4, p. 625, ott./dic. 1980. “sempre ligadas à violação da autoridade” (tradução livre do autor).

⁵¹⁷ PROTO PISANI, op.cit., p. 1.162. “ameaça de uma lesão de seu interesse mais grave daquela que lhe ocasiona o inadimplemento” (tradução livre do autor).

Direito Obrigacional, orientadas no sentido de provocar o cumprimento da obrigação, a partir da ameaça imposta que possa provocar um dano mais grave ao devedor.

As medidas coercitivas, então, operam como instrumentos auxiliares no cumprimento dos provimentos judiciais, sendo efetivas na medida em que produzam o efeito de constranger o obrigado a adimplir a obrigação. Dentre os modelos existentes nos ordenamentos contemporâneos, a primeira distinção que se pode fazer, no tocante a essas medidas, é exatamente a orientação que as justifica: preservadoras da autoridade judicial, como o modelo inglês ou, então, fundadas numa perspectiva que preserva a liberdade, admitido no sistema francês.

Esses modelos podem contribuir para a maior efetividade das pretensões que dependem da utilização da ação condenatória, justificando-se a compreensão do Direito Processual e dos seus institutos a partir da superação da dogmática e da ideologia, orientando-se o ordenamento no sentido de alcançar plena efetividade à ação condenatória.

5 ORDENAR E CONDENAR: A ACEITAÇÃO DA COEXISTÊNCIA DAS FUNÇÕES MANDAMENTAL E CONDENATÓRIA A PARTIR DE UMA NOVA COMPREENSÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL

Quando se percebe que a condenação não encontra a correspondente ação no plano material, não realizando a pretensão do autor, justifica-se uma nova compreensão da estrutura das ações, a partir da aceitação do importante papel que representam os comandos mandamentais. Essa compreensão deve partir de um enfoque hermenêutico, tendo-se em linha de consideração, todavia, que a hermenêutica tradicional não se revela suficiente para a superação do paradigma racionalista que informa a ciência processual.

É preciso aceitar que a hermenêutica é um excelente instrumento para a superação da dogmática jurídica que mantém os institutos processuais a partir da rigidez conceitual, sem considerar a evolução operada nas relações obrigacionais, numa leitura ideologizada, que muito pouco contribui para a realização das pretensões.

Também por isso, encontra justificativa a consideração da tópica e da retórica, que são excelentes instrumentos de superação do paradigma cartesiano. Somente a partir dessa superação é que se poderá aceitar a necessidade de agregação de elemento novo à condenação, que a torne capaz de atingir aos propósitos de realização da efetividade processual.

Nessa dimensão, tendo presente também a necessidade de valorização da atividade jurisdicional, conferindo caráter mais publicista à função realizadora das pretensões obrigacionais, é necessário garantir a interação de mecanismo que, aliado à condenação, estabeleça um norte no tratamento dessas demandas.

A aceitação dessa necessidade está na dependência da superação do paradigma racionalista e da aceitação de uma ampliação do poder jurisdicional, representado pela asseguaração de sua maior autoridade. Ainda, necessário é dotar o sistema de instrumentos capazes de agir sobre a vontade do condenado, não com o propósito de substituir a execução, mas com o escopo de criar condições que estimulem o condenado a cumprir o preceito jurisdicional. Todavia, a incidência da multa, trazida pela Lei 11.232/05, não se revela suficiente para esse propósito.

É por isso que se propõe a mandamentalização da condenação, agregando aos provimentos que condenam também a ordem de pagamento, sustentada pelas medidas coercitivas que se põem no processo contemporâneo como uma forma capaz de dar maior efetividade às decisões judiciais. Para concretização dessa proposta, é necessário aceitar que o Direito Processual não pode manter-se refém de um paradigma que proclama a certeza como valor absoluto. Então, ordenar e condenar são duas funções que podem coexistir numa interação direcionada na realização de uma mesma pretensão.

5.1 A CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA PARA A COMPREENSÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL

O problema hermenêutico iniciou-se a partir de uma dimensão exegética, que tinha por objetivo a compreensão de um texto, ou de seu sentido. No entanto, toda leitura de texto é realizada num contexto ou, como diz Paul Ricoeur, realiza-se “no interior de uma comunidade, de uma tradição, ou de uma corrente de pensamento vivo”⁵¹⁸. E na atualidade, a hermenêutica afirma-se numa outra dimensão, prestando-se efetivamente à compreensão de mundo. Nas palavras de Zaccaria, “L’ermeneutica configura così una riflessione critica sui limiti del dogmatismo metodologico, un tentativo di “guardar dietro” ai paradigmi della conoscenza specializzata e metodicamente condotta”⁵¹⁹. A hermenêutica, assim, empenha-se

⁵¹⁸ O autor conclui, então, que “a leitura dos mitos gregos na escola estóica, na base de uma física e de uma ética filosóficas, implica uma hermenêutica muito diferente da interpretação rabínica da Thora na Halacha ou na Haggada; por sua vez, a interpretação do Antigo Testamento à luz do acontecimento crístico, pela geração dos apóstolos, dá uma leitura dos acontecimentos, das instituições, das personagens da Bíblia, completamente diferente da dos rabinos” (RICOEUR, op.cit., 1988b, p. 5).

⁵¹⁹ ZACCARIA, op. cit., p. 184. “A hermenêutica configura assim uma reflexão crítica sobre os limites da dogmática metodológica, uma tentativa de enxergar direito os paradigmas da consciência especializada e metodicamente orientada” (tradução livre do autor).

no sentido de alcançar as condições transcendentais da compreensão, sendo valiosa na superação dos limites impostos pela metodologia dogmática.

Não é adequada a leitura do Direito Processual Civil numa visão divorciada da hermenêutica. Não se está diante de uma ciência exata e a atividade hermenêutica caminha passo a passo com a atividade do operador do processo, desempenhando um importante e decisivo papel na compreensão dos institutos processuais.

A hermenêutica constitui uma excelente possibilidade para a crítica das ideologias, porque permite o distanciamento do operador trazendo, no dizer de Paul Ricoeur, “uma consciência exposta à eficácia da história”⁵²⁰. Possibilita ao sujeito uma crítica das suas próprias ilusões.

Além disso, pressupõe a atividade interpretativa, própria do pensamento hermenêutico, que atende à concepção de Vattimo, quando afirma que Gadamer,

[...] habiendo partido explícitamente del problema de la verdad de esos saberes, como las ciencias del espíritu, que no pueden reducirse al método científico-positivo, termina por construir una teoría general de la interpretación que hace coincidir con cualquier posible experiencia humana del mundo.⁵²¹

Na busca de um procedimento judicial legítimo e efetivo, impõe-se o rompimento de determinados paradigmas impostos sistematicamente ao agir dos operadores jurídicos. Conforme proposto por Hans-Georg Gadamer, métodos objetivos de construção da verdade, possuem escopo precípuo de evitar o desvelamento do direito. O julgador é operador de uma ciência humana, calcada na verossimilhança e não nas certezas insofismáveis. Assim, tem o dever de ater-se à demanda, buscando a verdade racional dos fatos, não esquecendo o enfoque da realidade contemporânea e local. Nessa esteira de pensamento, o positivismo puro já se encontra sepultado, pondo fim à dicção do trinômio “*finalidade-utilidade-prejuízo*”. Apegar-se apenas à lei para atingir fins desnecessários, ilógicos, constitui-se inegável retrocesso.

⁵²⁰ RICOEUR, Paul. **Interpretação e Ideologias**. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: F. Alves, 1983. p. 93.

⁵²¹ VATTIMO, Gianni. **Más Allá de la Interpretación**. Traducción de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995. p. 40. “tendo partido explicitamente do problema da verdade desses saberes, com as ciências do espírito, que não podem reduzir-se ao método científico-positivo, termina por construir uma teoria geral da interpretação que faz coincidir com qualquer possível experiência humana do mundo” (tradução livre do autor).

É a partir do culto à ordinarização e ao formalismo jurídico exacerbado que surgem decisões incompreensíveis ao homem médio. E o critério hermenêutico prévio, adotado com inequívoco comprometimento com o pensar filosófico de Hans-Georg Gadamer, parece emprestar solução à celeuma. Como afirma o filósofo, “o objetivo da hermenêutica é sempre restituir e restabelecer o acordo, preencher as lacunas”⁵²². Então, a justificativa para uma nova perspectiva de visão, também da ciência processual, a partir da hermenêutica filosófica.

5.1.1 A Necessidade de Superação da Hermenêutica Tradicional

A necessidade de superação da hermenêutica tradicional desponta a partir dos fundamentos de Gadamer, tendo como pressuposto o rompimento com os conceitos puramente dogmáticos, pré-concebidos e descontextualizados. Tais conceitos são dados pelo intérprete, objetivando o estabelecimento da lei e da interpretação dessa mesma lei, baseada no conhecimento adquirido e fundada em valores do senso comum, do juízo comum e da probabilidade de verdade, uma vez estabelecida esta verdade absoluta como conceito inatingível, mas que se conforma com o juízo do provável, francamente ideologizado, no sistema processual civil.

Nessa dimensão hermenêutica é necessário observar também o alcance da linguagem processual, a mesma que serve de discurso de sustentação aos institutos processuais, como a ação condenatória. A Filosofia da Linguagem apresentou grande evolução no último século, tratando a linguagem como sujeito e não como mero objeto e, em síntese, trazendo contribuições que não mais permitem a sustentação das ciências jurídicas nos fundamentos em que se estribam.

Perceber tais aportes e, a partir da análise do modo de produção do Direito Processual Civil, permitir nova forma de compreensão dessa ciência e sua aplicação é o desafio que se apresenta porque a linguagem não é simples instrumento do Direito e do Processo, mas é condição de existência, não apenas da ciência, mas do mundo que nos cerca. É condição de expressão da humanidade e, nesse raciocínio, é impossível cogitar da existência de qualquer coisa – que apenas é porque se pode expressar – sem o conceito de linguagem.

⁵²² GADAMER, op. cit., 2003. p. 59.

A construção da verdade, atrelando a prestação da tutela jurisdicional à realidade local e contemporânea depende da compreensão dessas circunstâncias. E como se poderá prestar jurisdição, a partir de um conhecimento jurídico dogmático que não compreenda os exatos limites da situação jurídica em análise? Acredita-se que é através da linguagem⁵²³, que proporciona meio de abertura e uma maneira eficiente de vislumbrar racionalmente os fatos sociais inerentes à ação.

Thomas Hobbes, em *Leviatã*⁵²⁴, afirma que o uso geral da linguagem consiste em passar o discurso mental para um discurso verbal, ou a cadeia dos pensamentos para uma cadeia de palavras. A estes usos correspondem quatro abusos: o primeiro, quando o homem registra erroneamente seus pensamentos pela inconstância da significação de suas palavras, com as quais registram, por suas concepções, aquilo que nunca conceberam e, deste modo, se enganam. O segundo, quando usa palavras de maneira metafórica, ou seja, com um sentido diferente do que lhes foi atribuído e, deste modo, enganam os outros. Em terceiro lugar, quando palavras declaram ser sua vontade aquilo que não é, e, por fim, quando são utilizadas com propósito ofensivo.

O operador do processo nada mais é do que um intérprete, denotando-se, a partir dessa premissa, a necessidade de se estabelecer critérios hermenêuticos prévios, arraigado no pensar filosófico do discurso e da linguagem, através da percepção da realidade, já que através dela o ser se pessoaliza e se identifica. Assim, a verdade e a linguagem imiscuem-se ao fenômeno jurídico, proporcionando meios eficientes de desmembrar objetiva e corretamente a lide.

O conceito, por si, rompe com a chamada hermenêutica romântica, já que o verdadeiro sentido nunca é atingido, mesmo porque pretender alcançar a verdade absoluta é demasiado ao ser humano, na infinitude que é o processo, surgindo diuturnamente novas fontes de compreensão; daí a importância do elemento tempo na atribuição do sentido do texto.

A utilização da linguagem proporciona a compreensão da realidade da lide, já que é na linguagem que o homem frequentemente decai; a queda é a mais explícita maneira de

⁵²³ Discurso dialógico proposto no passado por Sócrates e no presente resgatado em conteúdo heideggeriano por Jürgen Habermas.

⁵²⁴ HOBBS, Thomas. **Do Pensamento e da Linguagem**. São Paulo: Abril, 1974. Cap. IV.

inautenticidade, a forma estabilizada da vida cotidiana como envolvimento estruturada sobre a preocupação e a solicitude⁵²⁵. Na convivência, o ser se objetiva ou impessoaliza. O ser humano é falante – e a linguagem lhe proporciona meio de abertura –, como um prolongamento da interpretação.

Para a exata compreensão do significado, surge como condição hermenêutica a necessidade de suspender por completo os preconceitos próprios (sua validade e pressupostos pré-estabelecidos – paradigmas). O *princípio da história efetual* compreende-se como o horizonte do presente se apresentar em constante transformação, na medida em que é necessária a suspensão do preconceito.

O horizonte do presente (a compreensão) não se forma à margem do passado, pois ele nem existe em si mesmo, se não for compreendido com base em horizontes históricos. Compreender é o processo de fusão do horizonte do presente com os horizontes históricos: a fusão se dá constantemente na vigência da tradição, *pois o velho e o novo crescem juntos para a validade vital, sem destaque a um ou outro*. Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto de uma cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo.

Nesse ponto, vale lembrar a ponderação trazida por Gadamer⁵²⁶, a afirmar que, embora a capacidade para o diálogo seja atributo natural do homem, pois a linguagem só se dá no diálogo, muitas vezes não se quer ouvir o outro ou se ouve mal, ou ainda, não basta que as pessoas sejam ouvidas, mas faz-se necessário que elas se sintam escutadas. E então o diálogo também depende da tradição que faz o curso entre a época a qual pertence o texto e o intérprete, como reconhece Paul Ricoeur:

Toda a interpretação se propõe vencer um afastamento, uma distância, entre a época cultural passada à qual pertence o texto e o próprio intérprete. Ao superar esta distância, ao tornar-se contemporâneo do texto, o exegeta pode apropriar-se do sentido: o estranho ele quer torná-lo próprio, isto é, fazê-lo seu; é portanto o engrandecimento da própria compreensão de si mesmo que ele persegue através da compreensão do outro. Toda a hermenêutica é, assim, explícita ou implicitamente, compreensão de si mesmo através do desvio da compreensão do outro.⁵²⁷

⁵²⁵ NUNES, Benedito. **Heidegger & Ser e Tempo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. p. 2.

⁵²⁶ GADAMER, op. cit., 2003, p. 203-210.

⁵²⁷ RICOEUR, op. cit., 1988b, p. 18.

Enfim, a tarefa do intérprete é de compreender e externar a situação fática a partir de duas circunstâncias: a linguagem e a (re)construção da verdade.

A ciência moderna provoca uma ruptura ontológica entre homem e natureza na base da qual outras se constituem, tais como a ruptura entre sujeito e objeto, entre o singular e o universal, entre o mental e o material, entre o valor e o fato, entre o privado e o público e, afinal, a própria ruptura entre Ciências Sociais e Ciências Naturais. Negando essa dicotomia e em defesa do que se denomina ciência pós-moderna, Boaventura de Sousa Santos afirma que “A verdade de cada uma das formas de conhecimento reside na sua adequação concreta à prática que visa constituir [...], assim sendo, a crítica de uma dada forma de conhecimento que implica sempre a crítica da prática social a que ele pretende adequar”⁵²⁸.

E nesse ponto cabe recuperar Gadamer que traz essa construção para o âmbito da ciência jurídica:

A lei não é lei em si mesma, pois não se atribui sentido a ela, a partir de um determinado caso dado. O historiador jurídico, ao contrário, não tem nenhum caso para partir, mas procura determinar o sentido da lei na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto destas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei e não há sentido em aplicar-se o fim originário da lei, mas sim, far-se-á justiça hermenêutica histórica pela aplicação da lei compreendida com as mudanças históricas pelas quais ela passou. É a compreensão histórico-jurídica da lei, em contraponto à tarefa histórico-dogmática.⁵²⁹

Na medida em que se torna necessário, o conceito de interpretação atinge sua plenitude, onde o sentido do texto não deixa de compreender imediatamente. Interpreta-se quando não se quer confiar no que o fenômeno representa imediatamente; “os dados da tradição hão de ser utilizados para chegar-se ao verdadeiro sentido, que a um só tempo se manifesta e se oculta neles”⁵³⁰.

Do rompimento da hermenêutica tradicional que se dá a partir da superação da relação sujeito objeto surge a relação sujeito sujeito⁵³¹, onde a palavra é o ponto de toque da

⁵²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma Ciência Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p. 66.

⁵²⁹ GADAMER, op. cit., 2003, p. 484.

⁵³⁰ Idem, p. 499.

⁵³¹ Idem, p. 16.

expressão do significado. Nesse mesmo sentido, Kaufmann reconhece que a hermenêutica supera o esquema sujeito-objeto, concluindo pela indissociabilidade da compreensão hermenêutica para o Direito:

A hermenêutica *opõe-se ao conceito objetivista do conhecimento*, suprime o esquema sujeito-objeto (o sujeito cognoscente conhece o objecto na sua pura objectividade sem interferência de elementos subjetivos – o conhecimento como “decalque” do objecto na consciência) no fenômeno de compreensão (hoje, este esquema já é contestado nas próprias ciências da natureza). Pelo contrário, a compreensão é *simultaneamente objectiva e subjectiva*, o sujeito que compreende insere-se no “horizonte de compreensão” e não se limita a representar passivamente o objecto da compreensão na sua consciência, mas configura-o – por outras palavras, ele não “subsume” simplesmente o caso na lei, situando-se à margem deste processo, antes desempenha na chamada “aplicação do direito” um *papel activo-configurador*. E, da mesma forma que é vã a procura de uma “correção objectiva” do direito fora do processo hermenêutico de compreensão, assim também está condenada ao fracasso qualquer tentativa de separar, nas ciências da compreensão, a racionalidade da personalidade de quem compreende.⁵³²

Por sua vez, Streck examina com pertinência as condições em que se põe a hermenêutica filosófica que consegue superar os esquemas metodológicos do conhecimento:

Assim, a hermenêutica filosófica, entendida aqui como ontologia fundamental (ou analítica-existencial) avança para além da semiótica e dos modelos epistêmico-metodológico – (nas suas variadas concepções e formulações), isto porque “a perspectiva hermenêutica é a que mais seriamente tem tomado a relação intersubjetiva e a comunidade histórica como sujeito dos diversos processos comunicativos e lingüísticos”. A hermenêutica, na concepção aqui sustentada opera um salto da causalidade para a existência, das objetivações para o acontecer histórico.⁵³³

Tudo o que se obtém pela literatura (que é escrita no passado) significa a concreção dos significados frente ao que se passou. Compreender não significa reconstruir vida passada, mas sim participação atual no que se diz. Certamente, os textos não querem ser entendidos como expressão vital da subjetividade de seu autor. Não é a partir daí que se determina o sentido, mas sim, da dicção do intérprete e de sua historicidade.

A noção de nova hermenêutica passa necessariamente pela ruptura do conceito de leitor originário que atribui o sentido primeiro do texto, ou mesmo, ao sentido atribuído pelo

⁵³² KAUFMANN; HASSEMER, op.cit., p. 150.

⁵³³ STRECK, op. cit., 2001, p. 253.

autor do texto; referências como tais, na forma em que propostas por Gadamer, representam um:

[...] cânon histórico-hermenêutico muito grotesco, incapaz de delimitar o horizonte de sentido dos textos [...]. Conceitos normativos como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário não representam na realidade mais do que um lugar vazio que se preenche de compreensão, de ocasião em ocasião [...].⁵³⁴

Portanto, desponta o indissociável papel da compreensão, essência da própria hermenêutica. Nesse sentido, Lênio Luiz Streck afirma:

Desse modo, fazer hermenêutica jurídica é realizar um processo de compreensão do Direito. Fazer hermenêutica é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o direito de soslaio, rompendo-se com (um)a *hermé(nêu)tica* jurídica tradicional-objetivante prisioneira do (idealista) paradigma epistemológico da filosofia da consciência.⁵³⁵

E, criticando o paradigma epistemológico da filosofia da consciência, Lênio Luiz Streck reconhece o pernicioso papel da dogmática jurídica e, depois de referir-se à imensa dívida social pendente de resgate, pela negativa de realização dos direitos afirmados na Constituição, justifica esse efeito dizendo que

[...] é possível afirmar que a dogmática jurídica tem obstaculizado para efetivação/realização desses direitos. Este obstáculo está encravado sobre dois pilares: *o primeiro, denominado nos limites destas reflexões como paradigma do modelo (ou modo de produção) liberal-individualista de Direito, e o segundo, pela permanência no plano do imaginário gnosiológico dos juristas, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, pela qual a linguagem ainda é vista como uma terceira coisa que se interpõe/opõe entre/o sujeito e/ao objeto, e que se encontra instrumentalizado por uma hermenêutica jurídico-normativa, de matriz Bettiana.*⁵³⁶

Nesse sentido, justifica-se analisar a dimensão da linguagem, a partir da evolução da filosofia da linguagem e da percepção desta como condição de possibilidade. O ser que compreende, jogado no mundo, interpreta a partir das circunstâncias que o cercam. A linguagem que depende das emoções ocupa o centro da perspectivação dos problemas do mundo.

⁵³⁴ STRECK, op. cit., 2001, p. 18.

⁵³⁵ Id-Ibidem.

⁵³⁶ Idem, p. 228.

5.1.2 A Importância da Linguagem no Processo de Interpretação

O processo interpretativo depende da linguagem que, na compreensão, se mostra como pressuposto da própria existência de mundo, a partir da aceitação de que apenas aquilo que pode ser expresso, efetivamente é. Então, é possível afirmar que a linguagem é condição da hermenêutica e, também, a garantia da necessária mediação entre a hermenêutica e a pragmática.

Como afirma Pontes de Miranda, “O mais importante na aparição do homem não foi ter enchido de água a casca de coco para levar à boca; nem ter tomado um pau, para se defender do animal mais forte. Foi poder ter expresso aos outros o que se passou, e ter projetado no futuro esse ato”⁵³⁷. Daí pode-se inferir que a atividade lingüística garante a própria existência humana.

Ernilo Stein reconhece a importância da linguagem e da interpretação, afirmando que a linguagem é nossa constituição fundamental e expressa, assim, nossa condição no mundo:

Todos os elementos centrais da hermenêutica filosófica, como a idéia do pré-conceito, a idéia do horizonte, a idéia da história efetual, a idéia da consciência da história efetual, a idéia da consciência histórica, a idéia de situação hermenêutica, todos esses elementos entram em questão quando se procura explicitar *esta totalidade da linguagem que nos envolve* e quando queremos *apropriar dessa totalidade pela interpretação*.⁵³⁸

No mesmo sentido, reconhecendo que a interpretação tem íntima ligação com a linguagem, Perelman afirma que “Atualmente, em diferentes domínios, considera-se que a indeterminação dos conceitos é indispensável à sua utilização. O problema da interpretação, em direito, é hoje estudado em conexão estreita com os problemas da linguagem”⁵³⁹.

Como qualquer outra ciência, o Direito Processual desenvolveu linguagem própria e peculiar. Todavia, essa linguagem científica e rigorosa não prescinde da linguagem usual, exatamente porque formada em seu seio.

⁵³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Garra, Mão e Dedo**. Campinas: Bookseller, 2002. p. 88.

⁵³⁸ STEIN, Ernilo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 76.

⁵³⁹ PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 81.

É na Antiga Grécia que está o princípio da elaboração filosófica da linguagem. Compreendida inicialmente como portadora de uma função secundária, reconhecia-se à linguagem o papel de exprimir. Platão, em sua concepção realista da linguagem, já admitia que o significado precede o significante, porque sustentado na existência de uma ordem universal do mundo das idéias. Ou seja, o real é conhecido em si, sem a mediação lingüística. No ser das coisas está o seu objetivo. Na clássica obra *Crátilo*, Diálogo sobre a Justeza dos Nomes, Platão afirma que os nomes são estabelecidos em conformidade com a natureza das coisas, entendendo-se uma designação justa para cada um dos seres.

É assim que o texto contém: “Se eu dou nome a uma coisa qualquer, digamos, se ao que hoje chamamos homem, eu der o nome de cavalo, a mesma coisa passará a ser denominada homem por todos, e cavalo por mim particularmente e, na outra hipótese, homem apenas para mim e cavalo para todos os outros”⁵⁴⁰. Platão também sugere que os nomes podem e devem ser formados sobre as coisas em si. A obra marca o início de um desenvolvimento longo, mas decisivo, na compreensão da linguagem, que conduz à lingüística contemporânea.

Acerca da elaboração do conceito de linguagem, nessa primeira discussão sobre a atribuição do sentido das coisas, realizada por Platão, Gadamer afirma:

A crítica da correctura dos nomes realizada no *Crátilo* representa o primeiro passo numa direção que desemboca na moderna teoria instrumentalista da linguagem e no ideal de um sistema de signos da razão. Comprimindo entre a linguagem e no ideal de um sistema de signos da razão. Comprimindo entre a imagem e o signo, o ser da linguagem só poderia acabar sendo nivelado em um puro ser-signo.⁵⁴¹

Um marco na evolução filosófica da linguagem é a obra de Saussure que desenvolve a idéia de que “o signo lingüístico une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica”. Nesse sentido, expressa o entendimento de que essa imagem acústica é a representação que fazemos do som material.

⁵⁴⁰ PLATÃO. *Crátilo. Diálogo sobre a Justeza dos Nomes*. Tradução do Pe. Dias Palmeira. 2. ed. Lisboa: Sá da Costa, 1994. p. 11.

⁵⁴¹ GADAMER, op. cit., 1999, p. 608.

Outro momento importante para a evolução filosófica da linguagem foi o neopositivismo lógico que reduziu a filosofia à epistemologia e esta à semiótica.

O Positivismo Lógico

[...] realça o rigor discursivo como paradigma da ciência, ou seja, a produção de um discurso científico requer uma análise preliminar dos termos da linguagem. Em outras palavras, onde não há rigor lingüístico não há ciência. Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo; é elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural.⁵⁴²

Expressão máxima do Positivismo no Direito, Kelsen estabeleceu uma linguagem lógica, pretendendo sua autonomia enquanto ciência e diferenciando-a, a partir daí, do conhecimento natural⁵⁴³. Para o neopositivismo, a linguagem tem duas funções: promover o intercâmbio do conhecimento e atuar como meio de controle desse conhecimento. Vernengo ratifica essa idéia, ao asseverar que as formulações lingüísticas devem cumprir satisfatoriamente sua função de transmitir conhecimentos⁵⁴⁴.

Já admitiam os positivistas que o conhecimento poderia ser distorcido por problemas de linguagem. De qualquer modo, reduziam a filosofia à questão semiótica, considerada uma metalinguagem. Os neopositivistas, pois, registravam obsessiva preocupação com a linguagem científica, entendendo que a linguagem natural não fazia parte do âmbito de preocupação da ciência jurídica. E, além disso, reconheciam que os naturais problemas e entraves da linguagem natural – por exemplo a intenção do emissor – não alcançavam a linguagem científica.

⁵⁴² WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 37.

⁵⁴³ “Determinando o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais. Somente por esta via se alcança um critério seguro que nos permitirá distinguir univocamente a sociedade da natureza e a ciência social da ciência natural” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 84-85).

⁵⁴⁴ “Corresponde, pues, que introduzcamos algunas distinciones elementales que nos permitan discernir cuáles son, en el fárrago literario al que hacemos frente al estudiar derecho, formulaciones lingüísticas que cumplen satisfatoriamente su función de transmitir conocimientos sobre um cierto derecho positivo” (VERNENGO, José Roberto. **Curso de Teoria General del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976. p. 14). “Cabe, pois, que introduzamos algumas distinções elementares que nos permitam discernir quais são, na confusão literária que fazemos ao estudar direito, formulações lingüísticas que cumprem satisfatoriamente sua função de transmitir conhecimentos sobre um certo direito positivo” (tradução livre do autor).

Como bem resume Warat⁵⁴⁵

[...] os positivistas lógicos silenciam completamente o fato de que a ideologia pode ser também considerada como uma dimensão pragmática da linguagem. A ideologia não só se encontra presente no discurso natural, como também constitui um sistema de evocações contextuais surgidas no uso pragmático do discurso científico.

E, adiante, prossegue:

Os neopositivistas aceitam, desta forma, uma concepção de ciência que a desconecta de todos os compromissos políticos e de todos os efeitos ideológicos. Procuram um rigor sistemático, uma univocidade lógico-conceitual, que implica, na verdade, em uma ilusão de despolíticação, que não elimina os efeitos políticos dos discursos da ciência.⁵⁴⁶

Em síntese, o neopositivismo caracteriza-se pela crença na ausência da ideologia na organização da linguagem científica, pressupondo assim a neutralidade ideológica para a ciência.

É a partir de Wittgenstein que, em sua segunda fase, passa a sustentar que a linguagem natural é correta e que sem linguagem não há mundo, que se inaugura nova fase no pensamento filosófico lingüístico. Inicialmente, Wittgenstein sustentara que a linguagem tinha apenas função designativa, enfocando-a numa concepção meramente instrumentalista.

Depois, estabeleceu como primeira tarefa da lingüística a própria designação do uso ordinário da linguagem, privilegiando um nível de análise pragmático. Assim, reconhece que “O homem possui a capacidade de construir linguagens com as quais pode expressar qualquer sentido sem ter nenhuma noção de como e do que significa cada palavra”⁵⁴⁷. E nessa tarefa de construção da linguagem, reconhece que os acordos tácitos que se realizam para compreensão da linguagem são “enormemente complicados”.

Com Gadamer surge a idéia de abertura do ser para a linguagem, reconhecendo-se que sem linguagem não há mundo e que o homem é possuído pela linguagem. Elabora uma

⁵⁴⁵ WARAT, op. cit. 1995, p. 46.

⁵⁴⁶ Idem, p. 49.

⁵⁴⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas**. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985. p. 52.

Hermenêutica que busca dar novo sentido às coisas. É produtiva. Acompanhando Heidegger, percebe que a compreensão é o acontecer da interpretação. Nesse sentido, Fernandez-Largo refere que o processo da compreensão envolve um círculo que vai da precompreensão à coisa em si, sem permitir que a interpretação restrinja-se a opiniões fechadas.⁵⁴⁸ Quer dizer, a compreensão apenas alcança suas verdadeiras finalidades quando as compreensões prévias não são arbitradas. Quem compreende não tem uma mente em branco, donde a linguagem não é um mero fato, mas princípio no qual assenta a universalidade do mundo.

Gadamer reconhece que a linguagem nos precede e é condição de possibilidade: somente quando se encontra uma palavra para a coisa, esta é uma coisa. A partir daí, não há mundo em si. O mundo somente será mundo se for interpretado como tal. E ao intérprete do Direito, como ser “jogado no mundo” que é, não é possível, pois, efetuar uma pretensa interpretação correta.

A partir de Gadamer a relação entre sujeito e objeto é rompida, porque o sujeito – “jogado no mundo” – depende das circunstâncias que o cercam. Não mais subsistem os conceitos neopositivistas e a experiência hermenêutica, que é dialética, não permite cogitar-se de linguagem desvinculada de emoções. É do jusfilósofo a afirmação: “Precisamente o que caracteriza a relação do homem com o mundo, por oposição a de todos os demais seres vivos, é a sua liberdade face ao mundo circundante”⁵⁴⁹.

Compromete-se, pois, a idéia de existência de neutralidade em qualquer linguagem, na medida em que a relação sujeito/sujeito que se estabelece (não mais sujeito/objeto) impede desconsiderar a carga que o intérprete traz ao processo. É, no dizer de Christian Ruby, “O primado do sujeito sobre o conhecimento”⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La Hermenêutica Jurídica de Habs-Georg Gadamer**. Valladolid, España: Universidad, 1992. p. 62: “En la comprensión hay un círculo que va de la precomprensión de la cosa, efectuando así un contraste con las cosas mismas, sin permitir que la interpretación se aferre a una opinión hecha. En la interpretación de un texto hay que proceder no dejándose llevar de los propios hábitos lingüísticos, ni menos imponiéndolos a los que proceden del texto del outro”. “Na compreensão há um círculo que vai desde a precompreensão da coisa, efetuando assim um contraste com as coisas mesmas, sem permitir que a interpretação se apegue a uma opinião feita. Na interpretação de um texto há de proceder-se sem deixar-se levar pelos próprios hábitos lingüísticos, nem menos impondo-lhes aos que procedem do texto de outro” (tradução livre do autor).

⁵⁴⁹ GADAMER, op. cit., 1999, p. 644.

⁵⁵⁰ RUBY, Christian. **Bachelard**. Paris: Quintette, 1998a. p. 13: “Le primat d’un sujet pur de la connaissance”.

Ou, ainda, como refere Betti, “il miracolo del linguaggio è proprio qui: che attraverso la mediazione dei suoni, che soli possono essere “trasmessi” dall’uno spirito all’altro, è oggetto di mutua ricognizione da parte di entrambi l’intendimento che a quei suoni si ricollega”⁵⁵¹.

A partir da evolução da filosofia da linguagem é possível dimensionar-se um novo mote de consideração do processo, porque a linguagem é condição de mediação entre a hermenêutica e a pragmática, como refere Lênio Streck:

A viragem (reviravolta) lingüística do pensamento filosófico do século XX vai se centralizar justamente na tese de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infra-estrutura lingüística. Passa-se, enfim, à ineroxabilidade da mediação lingüística, onde a hermenêutica e a pragmática passam a ocupar o centro do palco, na feliz expressão de Carrilho.⁵⁵²

Reconhecendo que a linguagem torna-se o marco de uma época, Castenheira Neves afirma que “A cultural viragem para a liguagem traduz-se, como se sabe, na radical perspectivação lingüística de todos os fenômenos e problemas culturais [...]”⁵⁵³. Ainda, considera a linguagem a referência, a orientação e a ordenação da experiência humana no mundo, apontando que a linguagem é o “radical mediador do acesso cultural ao mundo”⁵⁵⁴.

Compreender a dimensão hermenêutica e pragmática da ciência jurídica constitui-se num pressuposto para a adequada leitura dos institutos do Direito Processual Civil, bem assim de suas funções, limites e possibilidades. É, enfim, necessário aceitar a existência da hermenêutica numa ciência eminentemente prática, que justifica a necessária ligação entre esses campos do saber.

⁵⁵¹ BETTI, Emílio. **Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1949. p. 217. “o milagre da linguagem é exatamente esse: que através da mediação dos sons, que somente podem ser transmitidos de um espírito ao outro, é objeto de mútuo reconhecimento de ambos o entendimento a que tais sons se referem” (tradução livre do autor).

⁵⁵² STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e Dogmática: Aportes Críticos acerca da Crise do Direito e do Estado. Cadernos de Pesquisa do Curso de Mestrado em Direito da Unisinos**. Porto Alegre: Unisinos, 1997. p. 25.

⁵⁵³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 117.

⁵⁵⁴ Id-Ibidem.

5.1.3 Hermenêutica e Direito Processual: uma Transposição Necessária

O Direito Processual Civil concebe o processo de conhecimento com o objetivo precípua de buscar a verdade acerca do direito controvertido, o que revela o seu compromisso com a idéia racionalista de unidade e plenitude do sistema jurídico, numa conformação lógica e cartesiana. Ao processo de conhecimento caberia alcançar a verdade e o juiz teria a tarefa de revelar o verdadeiro sentido da lei, capacitando-se, no final deste percurso metodológico, a atribuir razão a um dos litigantes. Exteriorizando a opção do sistema processual atual, a separação das funções cognitivas e executivas em dois processos distintos, pelos chamados juízos de certeza ou veracidade, a serem alcançados, de acordo com a lógica do sistema processual vigente, pelo processo de conhecimento.

Nessa sustentação tradicional, Liebman entende necessária a utilização do “processo de condenação” previamente à utilização da via executiva, a partir da necessidade de agregar-se sanção ao comando, o que seria necessário para sua atuação. Por evidente, essa concepção tradicional revela o inegável compromisso com a lógica racionalista:

Nessas condições, por mais simples que seja a explicação política da necessidade de preceder-se à execução pelo processo de condenação, a explicação dogmática reside, toda, na exigência de aplicar-se a sanção, ou seja, de tornar-se concreta e específica, antes de se poder pensar em atuá-la. Depois disso, a questão de ver-se na execução a atuação da obrigação ou de um sub-rogado seu equivale, no fundo, a uma disputa verbal. O que importa é afirmar que ela é atuação da sanção, a qual tende, tanto quanto possível, a obter um resultado idêntico ao da prestação devida, ou pelo menos da prestação secundária que a substituiu. Considerando o direito objetivo em seu conjunto como abrange, quer da norma de direito substancial, quer da sanção, pode-se com segurança dizer que a execução é atuação prática da vontade da lei (*supra*, nº 63), mas a afirmação com que se iniciou este parágrafo completa-se com os resultados da investigação que ora se fez, observando-se que o processo de cognição não serve apenas para tornar conhecida uma vontade de lei preexistente, mas incerta, senão também para dar a esta, através da aplicação da sanção, aquela energia para a sua atuação prática, de que antes carecia.⁵⁵⁵

Uma nova visão do Direito Processual – e também da condenação – deverá ter como base a deodemia – construir verdades e não apenas desvelar. A contemplação da verdade integra o conhecimento humano e, tendo na linguagem o fator de percepção dos fatos jurídicos, poderá entender a realidade contemporânea. A linguagem, que é ser para Gadamer,

⁵⁵⁵ LIEBMAN, op. cit., 1952, p. 154.

trabalha a dimensão da construção da verdade como uma perspectiva de, com economia e solidez argumentativa, produzir o justo, sob o enfoque ético.

Já vai longe o tempo em que a vida social esforça-se, sem êxito, em tentar apreender o significado da linguagem processual. Esse êxito não é alcançado porque a linguagem majoritária – oriunda do mito da fala autorizada – expressada pelo respectivo campo operacional, esmera-se em manter um ritual dogmático que fomenta o distanciamento entre o senso comum e o senso jurídico. Esse fator, seguramente, não trabalha nos trilhos da nova hermenêutica jurídica.

Considerada a linguagem como sujeito e reconhecida como condição de possibilidade de existência do próprio homem e do seu mundo, toca perceber que o linguajar científico, aqui também o da ciência processual, não é neutro, mas afetado pela ideologia.

Partindo-se daí, não há que se pronunciar obediência cega ao discurso jurídico, mas é preciso adotar postura dialético-questionadora. Por essa ótica, o operador do processo tem importante responsabilidade social, na medida em que não pode limitar-se à reprodução impensada do discurso jurídico, mas deve contribuir na construção da cidadania.

A partir da hermenêutica, requer-se que o Direito Processual adote papel transformador. Evitar isso, somente desviando o olhar, preferindo não perceber a evolução já operada no campo filosófico e apegando-se à construção dogmática e ideológica. A evolução da hermenêutica não mais permite que as ciências jurídicas mantenham-se atreladas a conceitos tidos por imutáveis, utilizados na manutenção das estruturas vigentes. A partir da viragem linguística, momento em que se percebe que o homem é um ser jogado no mundo lingüístico, a dogmática jurídica perde o seu papel de sustentadora do modo de produção do Direito.

Apenas se mantém pela negativa que se faz – no interesse da manutenção do sistema social, político e econômico – da verdadeira importância e sentido da linguagem. Ora, se o intérprete está inserido no mundo lingüístico, não lhe é possível formular uma “interpretação correta” de um fato ou de uma norma. Logo, a interpretação haverá de considerar outros aspectos, destruindo-se a simplista fórmula de que um intérprete iluminado expresse a “inteligência” de determinado dispositivo processual e sua aplicação ao caso.

A hermenêutica põe em xeque os institutos processuais, porque mexe com o poder, na medida em que representa democratização do modo de produção do processo e, também, das relações sociais, econômicas e políticas do país. O compromisso com a cidadania e com a construção do Estado Democrático de Direito, onde efetivamente estejam garantidos os direitos fundamentais do homem, exige do jurista postura aberta e impõe o desmantelamento do modo de operação do processo, buscando fazê-lo instrumento de concretização da justiça social.

Aos críticos da utilização da hermenêutica filosófica, a par da perda da segurança jurídica (noção mais sociológica que jurídica, aliás), observa-se que o conceito pleno de hermenêutica engloba, além da filológica, a jurídica e a teleológica, fruto do desenvolvimento da consciência histórica dos séculos XVIII e XIX, estabelecendo-se como teoria metodológica da investigação espiritual científica e, portanto, transcende ao campo filosófico, vindo a se transformar em verdadeira condição de possibilidade, em modo de ser-no-mundo.

Um dispositivo legal não pretende ser entendido historicamente, pois a interpretação deve concretizá-lo em sua validade jurídica; o texto não é compreendido como mero documento histórico, mas há de ser compreendido como forma a poder produzir plenamente seus efeitos. Compreender é também aplicar e, a cada instante, o texto é compreendido, sempre de maneira nova e distinta de acordo com as circunstâncias passadas, acrescentado das experiências do intérprete. Nesse mesmo sentido, Lênio Luiz Streck aponta a crise que se estabelece na hermenêutica tradicional quando procura criar métodos de interpretação das leis.

Com efeito, conhecendo-se os meios pelos quais são produzidas as leis neste País – que aqui não cabe considerar – parece-nos inexistirem meios de determinar o que sejam conceitos do tipo vontade da lei vs. vontade do legislador, sendo impossível descobrir-se o espírito da lei. A propósito, pode uma norma querer alguma coisa? Tem importância descobrir o que quis o legislador ao produzir a norma?⁵⁵⁶

O que se sustenta, diz com a atribuição do significado em sentido alográfico, que se dá pela palavra do intérprete ao criar o conceito normado, estabelecendo a partir da lei, o sentido dela, que vem a ser a norma que rege a espécie que se apresenta ao intérprete. Esse

⁵⁵⁶ STRECK, op. cit., 2001, p. 84.

processo é imediato e leva em conta a historicidade do intérprete, as circunstâncias do caso, o sistema jurídico atual e, por mais que se negue, de forma inseparável, o senso comum, os pré-conceitos, o juízo comum e o gosto.

Quando se trata de perceber a hermenêutica como uma possibilidade de superação da dogmática processual, é preciso considerar que essa práxis hermenêutica encontra sua dificuldade exatamente da absorção de institutos oriundos de outro momento histórico e social, sem que o jurista atente para esse fato. É isso que Gadamer destaca, quando reconhece que essa práxis é, exatamente, um momento integral da arte do direito:

A vinculação entre a generalidade da lei e a matéria concreta de caso submetido aos tribunais de justiça constitui um momento integral de toda a arte do direito e de toda a ciência do direito. Porém, estas dificuldades aumentam especialmente, quando os textos legais não são a condensação imediata da experiência jurídica, que procede da realidade social da vida, mas representam uma herança histórica que foi tomada de uma realidade histórico-social diferente.⁵⁵⁷

E ainda, não é possível esquecer que a compreensão hermenêutica pressupõe, em si, a liberdade que se confere àquele que compreende. Diz Kaufmann, a propósito, que “As afirmações filosóficas nunca representam soluções acabadas – ‘patentes de receitas’ – que possam ser utilizadas como se fossem fórmulas matemáticas. Antes, pelo contrário, são ‘apenas’ aspectos, linhas de visão que se mostram essenciais numa certa perspectiva espaciotemporal”⁵⁵⁸. Então, a contribuição que a hermenêutica pode trazer ao Direito Processual é exatamente no sentido de orientar a perspectiva de compreensão, com o que não se basta isoladamente. Proceder hermeneuticamente, também no processo civil, implica perceber que se está diante de uma ciência da ação que não escapa da compreensão do universo da vida, mas também não pode dispensar a aplicação prática.

⁵⁵⁷ GADAMER, op. cit., 1983, p. 63.

⁵⁵⁸ KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., p. 33.

5.2 A SUPERAÇÃO DA HERANÇA CARTESIANA NO DIREITO PROCESSUAL: UM DESAFIO PARA O PROCESSO CONTEMPORÂNEO

Enraizado em conceitos estanques e fechados, fiel ao conceito de “operação por meio da qual se obtém a composição da lide”⁵⁵⁹, o processo firma-se num discurso que evidentemente não acompanhou a evolução que se operou na Filosofia. Tão enraizada está a idéia de exatidão da ciência que se define o processo, inclusive, com locução própria da matemática, “operação por meio da qual se obtém”.

Essa característica, evidente no processo contemporâneo, representa um dos reflexos deixados pelo jusracionalismo que impôs a aplicação de um método informado pela exatidão, incorporado das ciências da natureza. Sua justificação no Direito Processual deveu-se ao entendimento de que a justiça poderia ser alcançada a partir da observação do método lógico. Nesse sentido, Wilhelm, ao analisar a metodologia jurídica no século XIX, refere a necessidade de utilização de um procedimento puramente lógico, atrelado à concepção dogmática e que também informa a atividade do julgador. Reconhece, assim, que

En estas condiciones el pensamiento jurídico se asemejaba al matemático y el resultado falso de una consideración jurídica a un error del cálculo. La injusticia dependía del hecho de “que se había tomado un punto de partida equivocado o que se hubiera realizado una falsa deducción”. Encontrar por consiguiente el derecho exigía un pensamiento consecuente. Los juicios jurídicos de valor se reducían a la corrección de una deducción formal.⁵⁶⁰

A propósito, Betti percebe que a partir da utilização da lógica matemática, acontece uma deficiência na questão da interpretação, num conceito que se afina com a construção da idéia de “inteligência” de uma lei:

Questa logica tende, bensì, ad escludere tutte le categorie che non siano di relazione funzionale, partendo della premessa che nella scienza la “intelligibilità” consista esclusivamente in connessioni necessarie, per cui sarebbe da riconoscere intelligibile solo quel fatto che non si trovi più isolato. Ma codesta concezione dell’”intelligibilità” si dimostra unilaterale e inadeguata, sol che si rifletta che le

⁵⁵⁹ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1º Volume. p. 11.

⁵⁶⁰ WILHELM, Walter. **La Metodología Jurídica en el Siglo XIX**. Traducción de Rolf Bethmann. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1980. p. 10. “Nestas condições o pensamento jurídico assemelhava-se ao matemático e o resultado falso de uma consideração jurídica a um erro de cálculo. A injustiça dependia do fato de ‘que se havia tomado um ponto de partida equivocado ou que havia realizado uma falsa dedução’. Encontrar, por conseguinte, o direito exigia um pensamento consequente. Os juízos jurídicos de valor reduziam-se à correção de uma dedução formal” (tradução livre do autor).

formole matematiche, per dire qualche cosa, debbono a lor volta essere tradotte nel comune linguaggio: esse si limitano ad *operare* su certi dati, ma di per sè non “dicono” nulla.⁵⁶¹

Essa mesma lógica matemática sustenta o rigor do discurso que ainda é proclamado pelos operadores do processo – de novo a herança do jusracionalismo! – que o faz imune às transformações sociais por que passa a coletividade. Advém daí, e não poderia ser diferente, que o Direito Processual Civil é incapaz de resolver os conflitos emergentes da sociedade, esquecendo-se das peculiaridades que informam a atividade científica contemporânea e são traduzidas com perspicácia por Bachelard:

Para a ciência contemporânea, não é a memória que se emprega na enumeração das idéias, é a razão. Não se trata de arrolar riquezas, mas de actualizar um método de enriquecimento. É preciso tomar incessantemente consciência do carácter completo do conhecimento, espreitar as ocasiões de extensão, prosseguir todas as dialécticas.⁵⁶²

No caso do Direito Processual Civil, o discurso não responde aos reclamos sociais, mantendo-se distante, como que a evitar possa ser contaminado pelos anseios dos novos direitos. Essa desfuncionalidade é reconhecida por Streck que escreve:

O Direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza está assentado em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade. Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem desse Direito produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito.⁵⁶³

O que acontece é que o discurso jurídico, inclusive do Direito Processual Civil, não percebeu – ou prefere não perceber – que a lingüística já decolou nesse campo, dominando o “sentido”, a partir da consideração de que depende de um contexto cultural, histórico e social em que está inserido. Verón, com propriedade, assevera que “ao que tudo indica, é impossível

⁵⁶¹ BETTI, op. cit., 1949, p. 195. “Esta lógica tende, assim, a excluir todas as categorias que não são de relação funcional, partindo da premissa que na ciência a inteligibilidade consista exclusivamente nas conexões necessárias, pelo que é possível reconhecer inteligível somente aquele fato que não se encontre mais isolado. Mas esta concepção de inteligibilidade demonstra-se unilateral e inadequada, bastando que se reflita que as fórmulas matemáticas, para dizer alguma coisa, devem, por sua vez, ser traduzidas pela linguagem comum: essas limitam-se a *seguir* seus dados certos, mas por si não “dizem” nada” (tradução livre do autor).

⁵⁶² BACHELARD, op. cit., p. 103.

⁵⁶³ STRECK, op. cit., 2001, p.13.

conceber qualquer fenômeno de sentido à margem do trabalho significante de uma cultura, seja ela qual for e, por conseguinte, fora de uma sociedade determinada”⁵⁶⁴.

Teimando em firmar-se num método lógico-dedutível, o Direito Processual Civil serve aos propósitos de manutenção da ordem vigente, utilizando-se da dogmática e, ao mesmo tempo, alimentando-a num círculo que provoca o deslocamento dos conflitos sociais para um lugar instituído da lei, que produz sua dissimulação.

Problemas que há muito tempo foram detectados pela lingüística, como a vagueza e ambigüidade das palavras, sequer são ventilados pelo Direito Processual Civil. Vale-se, antes dessa discussão, do empacotamento de fórmulas de aplicação ideologizadas, distribuídas a partir dos cursos de graduação, onde o que se faz é apenas reproduzir a forma sofisticada de manutenção do sistema.

O Direito Processual, assim, tem seu sustentáculo na estipulação de conceitos que considera estanques e imutáveis. Seus dogmas – e um dos exemplos é a ação condenatória – pairam incólumes, permanecendo intactos mesmo diante da revolução por que passa o mundo contemporâneo. Essa sustentação nos dogmas, usual na ciência jurídica, é estabelecida a partir de um sistema encadeado e derivativo, explicada por Warat:

Um exame mais detalhado do processo de elucidação nos permite verificar que este se defronta com a tarefa da ordenação sistemática dos conceitos esclarecidos. A sistematização dos conceitos é realizada a partir da construção axiomática, pela qual certos enunciados, chamados axiomas, são eleitos como indiscutíveis, com a pretensão de obter todos os demais enunciados por meio da dedução lógica de tais axiomas.⁵⁶⁵

A dogmática jurídica firma-se, na concepção dominante, a partir de sua consideração como um saber científico que tem íntima ligação com os ideais de segurança e racionalidade. Na concepção da moderna teoria jurídica, a dogmática não é senão um *saber* do qual se utiliza o direito para a formulação das decisões judiciais.

Desenvolvendo essa idéia, Leonel Severo Rocha destaca que “a dogmática é constituída por dois aspectos: por um lado, fornece o instrumental teórico-técnico a ser

⁵⁶⁴ VERÓN, Eliseo. **A Produção de Sentido**. São Paulo: Cultrix, 1980. p. 173.

⁵⁶⁵ WARAT, op.cit., 1995, p. 61.

utilizado pelos juristas em suas práticas cotidianas e, por outro lado, por ser um saber político, materializa a dominação político-jurídica (apesar de possuir também mecanismos questionadores e reivindicatórios)⁵⁶⁶.

Kaufmann afirma que a dogmática jurídica caracteriza-se porque “parte de pressupostos que assume como verdadeiros, sem, porém, dispor de provas dessa veracidade”⁵⁶⁷. Assim, o dogmático não adota postura crítico-questionadora do próprio sistema. Reconhece o mesmo autor, todavia, que isso não significa que a dogmática proceda acriticamente. Porém, completa o autor:

[...] mesmo quando adota uma postura crítica, nomeadamente na análise de uma norma legal, o argumento da dogmática jurídica é sempre imanente ao sistema; o sistema vigente permanece intocado. No quadro da dogmática jurídica, essa atitude é inteiramente legítima. Ela só se torna perigosa quando recusa o modo de pensar não dogmático (meta-dogmático) da filosofia do direito por este ser “desnecessário”, “meramente teórico” ou, até, “não científico”.⁵⁶⁸

A dogmática jurídica tem um papel de intermediação, porque lhe cabe dissimular os conflitos. Na medida em que se afasta a possibilidade de discutir-se a decisão – porque a “inteligência” de determinado dispositivo processual assim o impõe – obtém-se a manutenção da ordem constituída a um custo moderado, pelo menos porque inexistente a reação.

É requintada a manutenção da dogmática jurídica, porque se faz a partir do mito da “fala autorizada”, na medida em que a (re)produção jurídica é efetivada mediante a obediência a rituais pré-estabelecidos. É por isso que nem todos os operadores do processo são autorizados a interpretar o sentido da lei e a operar os dogmas.

Os discursos de verdade nunca são resultado de um emissor isolado. Eles estão vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante. Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma comunidade “científica”, de um monastério de sábios.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ ROCHA, op. cit., p. 63.

⁵⁶⁷ KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., p. 26.

⁵⁶⁸ Id-Ibidem.

⁵⁶⁹ WARAT, Luis Alberto. O Monastério dos Sábios: o Sentido Comum Teórico dos Juristas. In: **Introdução Geral ao Direito II**. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 69.

No mesmo sentido, Bourdieu assegura que “O porta-voz autorizado consegue agir com palavras em relação a outros agentes e, por meio de seu trabalho, agir sobre as próprias coisas, na medida em que sua fala concentra o capital simbólico acumulado pelo grupo que lhe conferiu o mandato e do qual ele é, por assim dizer, o procurador”⁵⁷⁰.

Então, essa autorização que se confere ao jurista, que interpreta e confere sentido ao próprio direito e expressa-se pela linguagem oficial, termina por consolidar diante da comunidade a forma de operacionalização do sistema, de sorte que, diz Warat,

[...] as chamadas ciências jurídicas aparecem, assim, como um conjunto de técnicas de “fazer crer” com as quais se consegue produzir a linguagem oficial do direito que se integra com significados tranquilizadores, representações que têm como efeito impedir uma ampla reflexão sobre nossa experiência sócio-política [...] Nesse sentido, a linguagem oficial do direito determina uma multiplicidade de efeitos dissimuladores.⁵⁷¹

Giuseppe Grosso alerta para o perigo de dogmatizar a história, destacando que

[...] un particolare significato ha nella storia del diritto il valore della tradizione, la continuità di dati schemi giuridici attraverso i quali fluttua una mutevole realtà sociale, la posizione della dogmatica giuridica, nella sua aspirazione a cogliere il costante, colla tipicizzazione astratta di dati rapporti sociali, il diverso grado dello spostamento dei diversi rapporti nello sviluppo storico.⁵⁷²

A fim de evitar essa dogmatização da história, é preciso compreender os institutos a partir das características das épocas em que inseridos, permitindo uma construção tão elástica quanto o é a vida em que se desenvolveram.

Assim, o Direito Processual mantém-se interpretando e conferindo sentido à lei, lastreado na dogmática – que anestesia e inebria o processo, a partir da produção dos discursos de verdade – e valendo-se do mito da fala autorizada que garante o fechamento do

⁵⁷⁰ BOURDIEU, Pierre. **A Economia das Trocas Linguísticas**. O que Falar quer Dizer. São Paulo: Edusp, 1996. p. 89.

⁵⁷¹ Idem, p. 57.

⁵⁷² GROSSO, Giuseppe. Problemi e Visuali del Romanista. In: **L’Europa e il Diritto Romano**. Studi in Memoria di Paolo Koschaker. Milano: Giuffrè, 1954. Vol. I. p. 506. “Na história do direito, o valor da tradição tem um particular significado, a continuidade dos esquemas jurídicos dados através dos quais flutua uma mutável realidade social, a posição da dogmática jurídica, na sua aspiração de colher a constância, com a tipificação abstrata de dadas relações sociais, em grau diverso da transferência das diversas relações no desenvolvimento histórico” (tradução livre do autor).

sistema. É possível, pois, sustentar que a ação condenatória é como é, porque representa a função declarativa da jurisdição.

Tudo isso acontece a partir do que Streck chama “cumplicidade lingüística”⁵⁷³. O público-alvo reconhece a legitimidade daquele que detém a fala autorizada e o operador do processo espera que aquele anuncie a “inteligência” do dispositivo processual.

O raciocínio e o discurso jurídico têm, inegavelmente, uma racionalidade diversa das ciências exatas, exatamente porque o Direito acha-se estreitamente ligado à dinamicidade das relações que pretende tutelar. E no caso do Direito Processual, é necessário perceber os instrumentos capazes de contribuir na superação dessa herança legada também ao processo.

5.2.1 A Tópica: Possibilidade de Afastamento do Dogmatismo da Ciência Processual

A tópica, técnica de pensar problemas desenvolvida pela retórica, encontra suas bases ainda nos estudos aristotélicos e era entendida como a arte da discussão e uma “praxis” da argumentação. Viehweg, ao analisar a tópica e resgatar o pensamento dos gregos, especialmente de Aristóteles e Cícero, assevera que o ponto mais importante no exame da tópica constitui “la afirmación de que se trata de una técnica del pensamiento que se orienta hacia el *problema*”⁵⁷⁴.

A tópica, recuperada por Viehweg a partir dos estudos aristotélicos, traz a idéia de que o discurso jurídico, por não revestir caráter de verdade científica, apresenta uma racionalidade que escapa aos conceitos tradicionais de verdade científica, eis que baseada na possibilidade, afastada dos extremos do impossível e do necessário.

E o Direito Processual Civil deve compreender tal dimensão, sob pena de permanecer renitente num daqueles que se constitui em seu mais pesado fardo, a sua incapacidade de atender de forma satisfatória às demandas sociais.

⁵⁷³ STRECK, op. cit., 2001, p. 33.

⁵⁷⁴ VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1986. p. 53. “a afirmação de que se trata de uma técnica de pensamento que se orienta em direção ao *problema*” (tradução livre do autor).

Para o Direito Processual, cujas questões admitem inúmeras respostas e requerem entendimentos preliminares para a solução, essa técnica de solução ganha importância fundamental. Esse destaque que a tópica dá ao problema, todavia, requer do jurista um prévio conhecimento acerca da matéria. Esse conjunto de conhecimentos prévios também é denominado na filosofia de “topoi”. São os lugares comuns do conhecimento, os pontos de vista prévios que permitem a discussão futura dos problemas e sua solução.

Assim, existem premissas fundamentais que se legitimam pela aceitação do interlocutor. Essa legitimação, todavia, não significa – e nem poderia significar – a fundamentação ou demonstração lógica da premissa. E, neste ponto, é preciso reconhecer que a tópica não é capaz de elaborar uma escala lógica de verificação de todas as proposições ou premissas. Tal exame requer a análise do ponto de vista sistemático dedutivo, onde o sistema assuma a direção, decidindo por si mesmo a direção de cada questão.

O estilo de pensamento sistemático dedutivo, também denominado axiomático, consiste, segundo Viehweg, em “ordenar, de acuerdo con su dependencia lógica, los conceptos y las afirmaciones de un territorio cualquiera (no lógico)”⁵⁷⁵. Por esse método axiomático, a construção de um sistema jurídico passaria pela identificação de uma ou várias proposições capazes de presidir as demais, segundo uma adequada estrutura lógica, de tal forma que todas as proposições presididas possam valer-se daquelas que as presidem. Essas proposições, por sua vez, não se podem excluir mutuamente, mas devem completar-se. É o que Viehweg chama de “completude de axiomas”.

Todavia, mesmo que alcançasse essa completude de axiomas, ainda assim não se poderia asseverar que o sistema teria sido construído a partir da eliminação da tópica. Acontece que a seleção dos axiomas impede a construção puramente dedutivo-lógica. Escolher quais os princípios objetivos que serão selecionados para a estruturação do sistema, é algo claramente arbitrário, como o é a definição dos conceitos fundamentais. Viehweg entende que nem mesmo no campo das puras transformações lógicas se pode eliminar a tópica. Diz que

⁵⁷⁵ VIEHWEG, op. cit., p. 122. “ordenar, de acordo com sua dependência lógica, os enunciados e os conceitos de uma área qualquer (não lógica)” (tradução livre do autor).

[...] también esto es discutible, sobre todo para quienes sostienen que las deducciones lógicas hechas por medio del lenguaje espontáneo, no son estrictamente comprobables, pues unas conclusiones semejantes conducen con frecuencia a interpretaciones variadas y encubiertas. Con nostra terminología: porque en el lenguaje espontáneo opera una tópica oculta. Se si quiere eliminar estas infiltraciones, es preciso ir a un formalismo riguroso y para ello emprender dos pasos sucesivos.⁵⁷⁶

Não fosse tudo isso, a atuação da tópica também é necessária porque a linguagem natural, que está presente no ordenamento jurídico, não admite análise segura apenas a partir do método sistemático-dedutivo. Os conceitos e as proposições que se expressam por meio de palavras não são confiáveis do ponto de vista da sistemática.

E, ainda, no ponto de vinculação do sistema jurídico com a realidade, percebe outra forma de intervenção da tópica. Os fatos exigem interpretação – que não se faz apenas de forma lógica. Aliás, Viehweg constata que “la tópica se infiltra en el sistema jurídico a través de la mencionada interpretación, que exige el estado efectivo del derecho. El pensamiento interpretativo tiene que moverse dentro del estilo de la tópica”⁵⁷⁷.

Assim, o sistema jurídico não subsiste sem o auxílio da tópica. A interpretação inventiva faz parte também da estrutura efetiva e é nela que reside o centro da gravidade das operações. É claro que a lógica, no sistema jurídico processual, tem papel fundamental. Entretanto, pretendendo-se excluir a tópica, Viehweg diz que se faria necessária uma

[...] rigurosa axiomatización de todo el derecho, unida a una rigurosa prohibición de interpretación dentro del sistema, lo que se alcanzaría de un modo más completo mediante el cálculo; unos preceptos de interpretación de los hechos orientados rigurosa y exclusivamente hacia el sistema jurídico (o cálculo jurídico); no impedir la admisibilidad de las decisiones “non liquet”; conseguir una continuada intervención de un legislador, que trabaje con una exactitud sistemática

⁵⁷⁶ VIEHWEG, op. cit., p. 125: “isto também é discutível, sobretudo para aqueles que sustentam que as deduções lógicas feitas por meio da linguagem espontânea não são estritamente comprováveis, pois algumas conclusões semelhantes conduzem com frequência a interpretações variadas e encobertas. Com nossa terminologia: porque na linguagem espontânea opera uma tópica oculta. Se se quiser eliminar estas infiltrações lógicas, é preciso recorrer a um formalismo rigoroso e, para isto, dar dois passos sucessivos” (tradução livre do autor).

⁵⁷⁷ Idem, p. 129. “a tópica se infiltra no sistema jurídico através da mencionada interpretação, que exige o estado efetivo do direito. O pensamento interpretativo tem de mover-se dentro do estilo da tópica.” (tradução livre do autor).

(o calculatoria) para hacer solubles los nuevos casos que surgen como insolubles, sin perturbar la perfección lógica del sistema (o cálculo).⁵⁷⁸

Para Viehweg, portanto, não se pode conceber o Direito unicamente a partir de proposições lógicas e sistematizadas, mas, antes disso, é preciso reconhecê-lo como uma teoria da práxis, admitindo que a axiomatização não é suficiente para captar plenamente a estrutura da argumentação.

O pensamento tópico, recolocando em evidência o problema, ajuda o jurista a afastar-se do método lógico dedutivo, mas possibilita a manutenção da ideologia no pensamento jurídico processual. Porém, a tópica não se revela suficiente para o exame proposto. Aliás, Streck tem posição firme acerca da questão, quando refere que a tópica mantém-se refém da dedução e da metodologia tradicional, registrando dinâmica que “não escapa da subsunção metafísica”⁵⁷⁹ em face da confrontação do “topos” e o caso concreto.

E, nesse aspecto, tendo-se como um dos fundamentos da ideologia o caráter argumentativo, cabe a análise da pertinência da retórica, desenvolvida por Perelman, também ela capaz de contribuir para a superação da dogmática, exatamente porque valoriza a argumentação, permitindo espaço para a aceitação do razoável.

5.2.2 A Importância da Retórica para o Processo: Valorização da Argumentação

A retórica, valorizando a argumentação, conduz à possibilidade de percepção de um raciocínio que completa a tópica. O trabalho de Viehweg ocupa-se da circunscrição dos axiomas válidos para o sistema, cuja determinação obedece a critérios que se estabelecem a partir da verdade comum, aceita e admitida pelos operadores.

⁵⁷⁸ VIEHWEG, op. cit., p. 133. “rigorosa axiomatização de todo o direito, unida a uma rigorosa proibição de interpretação dentro do sistema, o que se alcançaria de um modo mais completo mediante o cálculo; uns preceitos de interpretação dos fatos orientados rigorosa e exclusivamente em direção ao sistema jurídico (o cálculo jurídico); não impedir a admissibilidade das decisões “non liquet”; conseguir uma contínua intervenção de um legislador, que trabalhe com uma exatidão sistemática (ou de cálculo) para fazer solúveis os novos casos que surgem como insolúveis, sem perturbar a perfeição lógica do sistema (ou cálculo)” (tradução livre do autor).

⁵⁷⁹ STRECK, op. cit., 2001, p. 253.

Ao analisar a retórica recuperada por Perelman, é possível perceber-se que existe o reconhecimento de que a legitimação do discurso jurídico – inobstante o caráter tópico-retórico que se lhe dá – obedece a critérios de dedução lógica, que se constitui na essência da retórica.

A retórica foi definida por Aristóteles como a faculdade de descobrir, a partir da investigação, se alguém num dado caso, poderia ser capaz de persuadir. Reconhece o filósofo, todavia, que se trata de uma técnica que não pertence a um gênero próprio e distinto⁵⁸⁰. Então, valer-se do estudo pragmático, para o Processo Civil, implica reconhecer que o discurso da ciência processual reveste-se de uma cientificidade diversa, na medida em que apenas dispõe de critérios arbitrários para definição das premissas que sustentam os problemas que reconhece.

Tal como na tópica, o uso da linguagem retórica objetiva a decidibilidade de problemas. Essa linguagem subsiste na medida em que se opõe à necessidade e à evidência, a partir do escape da certeza do cálculo. Chega-se, assim, à conclusão de que o campo da argumentação é o do verossímil, do plausível e do provável.

A racionalidade do discurso jurídico baseia-se na verossimilhança, fato que permite espaço para a argumentação. Caso a verdade jurídica fosse necessária ou evidente, não haveria que falar em argumentar: não se delibera quando a solução é necessária, nem se argumenta contra a evidência.

Perelman sustenta que a teoria da argumentação não pode desenvolver-se, se toda a prova é concebida como redução à evidência e situa o objeto dessa teoria no “estudo das

⁵⁸⁰ “Admettons donc que la rhétorique est la faculté de découvrir spéculativement ce qui, dans chaque cas, peut être propre à persuader. Aucun autre art n’a cette fonction; tous les autres sont, chacun pour son objet, propres à l’enseignement et à la persuasion; par exemple, la médecine sur les états de santé et de maladie; la géométrie pour les variations des grandeurs, l’arithmétique au sujet des nombres, et ainsi des autres arts et sciences; mais, peut-on dire, la rhétorique semble être la faculté de découvrir spéculativement sur toute donnée le persuasif; c’est ce qui nous permet d’affirmer que la technique n’en appartient pas à un genre propre et distinct” (ARISTÓTELES. **Rhétorique**. Traduit par Médéric Dufour. Paris: Les Belles Lettres, 1932). “Admitamos então que a retórica é a possibilidade de descobrir especulativamente o que, em cada caso, pode servir para persuadir. Nenhuma outra arte tem essa função; todas as outras são, cada uma por seu objeto, próprias ao ensinamento e à persuasão; por exemplo, a medicina acerca dos estados de saúde e de doença; a geometria para as variações das grandezas, a aritmética acerca dos números, e assim as outras artes e ciências; mas pode-se dizer, a retórica parece ser a possibilidade de descobrir especulativamente tudo, dominando a especulação; é isso que nos permite afirmar que a técnica não pertence a um gênero próprio e distinto” (tradução livre do autor).

técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhe apresentam ao assentimento”⁵⁸¹. Os argumentos retóricos fornecem provas só em um sentido amplo. Diferem das provas no método dedutivo, dentro de um sistema fechado de premissas, porque não são nem rigorosos nem necessários. Destinam-se a persuadir, em termos retóricos, tendo em vista a situação real, considerada a sua peculiaridade histórica. Como afirma Rohden, “A retórica se preocupa em produzir adesão de seu auditório”⁵⁸².

As premissas fundamentais do raciocínio legitimam-se a partir da aceitação daqueles que participam do debate, valendo o que é aceito por todas as partes. Assim, ao analisar os sistemas formais lógicos, Perelman aproxima-se de Viehweg que reconheceu a existência da tópica, até mesmo nesses sistemas dedutivos, atribuindo-lhe a tarefa de escolha das proposições válidas. Nesse sentido, Perelman assinala que

O lógico é livre para elaborar como lhe aprouver a linguagem artificial do sistema que constrói, para determinar os signos e as combinações de signos que poderão ser utilizados. Cabe a ele decidir quais são os axiomas, ou seja, as expressões sem prova consideradas válidas em seu sistema, e dizer quais são as regras de transformação por ele introduzidas e que permitem deduzir, das expressões válidas, outras expressões igualmente válidas no sistema⁵⁸³.

Reconhece ele, todavia, que a única obrigação imposta ao construtor desses sistemas axiomáticos formalizados é a escolha de signos e regras que evitem dúvidas e ambigüidades. Ora, é exatamente nesse ponto que a retórica encontra sua sustentação: na escolha dos primeiros elementos que são fornecidos por quem construiu o sistema.

O lógico formalista considera tais elementos estranhos a sua disciplina, cuidando apenas da dedução e transformação desses primeiros axiomas. Entretanto, quando se trata de argumentar, de influenciar através do discurso – que é inerente ao Direito Processual Civil – já não é possível menosprezar esses elementos que se formam, a partir de um consenso mínimo, de uma linguagem comum (*topoi*), já referida por Aristóteles e também identificada por Viehweg.

⁵⁸¹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 4.

⁵⁸² ROHDEN, Luiz. **O Poder da Linguagem**. A Arte Retórica de Aristóteles. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 189.

⁵⁸³ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, op. cit., p. 15.

Perelman reconhece que “quando não existe um acordo, mesmo entre pessoas competentes na matéria, o que é a afirmação, senão um expediente a ser exorcizado, de que as teses preconizadas são a manifestação de uma realidade ou de uma verdade ante a qual um espírito sem prevenção tem de inclinar-se”⁵⁸⁴ Diz também que, ante a inexistência de um acordo prévio, a possibilidade de argumentar de modo que se chegue a conclusões opostas implica, necessariamente, estar fora da situação particular, indicando uma impossibilidade de abstração. Essa impossibilidade de abstração acontecerá sempre que “a argumentação tender a provocar uma ação que resulta de uma escolha deliberada entre vários possíveis, sem que haja acordo prévio sobre um critério que permita hierarquizar as soluções”⁵⁸⁵.

Habermas, a propósito, valoriza a existência do acordo, não apenas dentro do processo comunicativo, mas como elemento integrante da própria vida. Assim, refere que “un mundo de la vida constituye, como hemos visto, el horizonte de procesos de entendimiento con que los implicados llegan a un acuerdo o discuten sobre algo perteniente al mundo objetivo, al mundo social que comparten, o al mundo subjetivo de cada uno”⁵⁸⁶. Traz, assim, o componente subjetivo, como formador do processo de comunicação.

A argumentação não pode ser considerada um exercício intelectual desvinculado de qualquer preocupação de ordem prática. A objetividade, quando atinente à argumentação, precisa ser reinterpretada. Com efeito, não se admite a possibilidade de dispor de um critério objetivo porque, fosse assim, bastaria estabelecerem-se regulamentações genéricas e objetivas, que se constituiriam válidas e permitiriam solver os problemas jurídicos tão simplesmente quanto os problemas de matemática.

Os institutos processuais, os tratados de moral, de direito, as regulamentações reconhecidas nos mais diversos campos são, efetivamente, regras objetivas válidas. Todavia, não têm validade universal e univocidade perfeita. E, como assinala Perelman, “se, apesar dessas regulamentações, podem ocorrer divergências, de boa-fé, é porque uma das partes pelo

⁵⁸⁴ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, op. cit., p. 51.

⁵⁸⁵ Idem, p. 52.

⁵⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus. 1987. Tomo I. p. 184. “um mundo da vida constitui, como temos visto, o horizonte de processos de entendimento com que os implicados chegam a um acordo ou discutem sobre algo pertencente ao mundo objetivo, ao mundo social que compartilham ou ao mundo subjetivo de cada um” (tradução livre do autor).

menos não reconhece a validade de certa regulamentação, ou porque as regulamentações admitidas dão azo a interpretações diferentes”⁵⁸⁷.

Enfim, reconhecer que o discurso jurídico está firmado em axiomas estabelecidos a partir dos conceitos admitidos como válidos, implica conferir aceitação à conclusão de que a verdade obtenível é sempre relativa.

E também é da tópica e da retórica o mérito de perceber esse caráter do discurso jurídico. A primeira, porque faz o reconhecimento dos critérios estabelecidos como premissas do sistema, constatando que essa determinação é subjetiva, já que firmada no consenso. A retórica, a seu turno, admite que a argumentação – que representa a dedução lógica do sistema – está calcada naqueles princípios previamente admitidos, ocupando-se de transformá-los de forma coerente.

Não se desconhecem as discussões acerca da possibilidade de convivência da teoria da argumentação com a hermenêutica. Aliás, há discussões até mesmo acerca da consideração da tópica e da retórica como formas da teoria da argumentação. Nesse sentido, Kaufmann afirma que

Não nos é possível, nem necessário, referir todas as correntes da teoria da argumentação, até porque, como nota Ulfrid Neumann, nem sequer existe a teoria da argumentação jurídica. Assim, já é questionável que se possam considerar a “tópica” e a “retórica” como formas especiais da teoria da argumentação.⁵⁸⁸

Uma das questões que se colocam, em face da denominada teoria da argumentação, é a discussão acerca da hierarquia dos argumentos que não se sustentaria a partir da impossibilidade de afirmação de critérios racionais e obrigatórios para classificação dos argumentos. Além disso, Kaufmann também considera o fato de que a argumentação não se ocupa do problema do relativismo, que conduziria à “recusa do pluralismo na ciência e na filosofia”⁵⁸⁹. Todavia, o mesmo autor termina por concluir que

[...] consenso e intersubjetividade, argumentação e reflexão não são domínio exclusivo do pensamento hermenêutico [...] Enquanto a teoria analítica tem de separar o significado do texto do entendimento intersubjectivo, porque apenas

⁵⁸⁷ PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, op.cit., p. 66.

⁵⁸⁸ KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., p. 153.

⁵⁸⁹ Idem, p. 155.

consegue determinar o significado do texto com base em regras gerais de semântica, o pensamento hermenêutico proporciona a inclusão do texto no processo da constituição intersubjectiva de uma decisão “correcta”.⁵⁹⁰

Assim, é possível afirmar que a argumentação se revela insuficiente para o conhecimento jurídico, mas não pode ser dispensada. Aliás, ainda de acordo com Kaufmann, “A hermenêutica não é teoria da argumentação, mas exige-a”⁵⁹¹. E Gadamer, por sua vez, trata a hermenêutica de modo similar à retórica, afirmando que ambas tiveram, num momento histórico, qualificação semelhante como “teoria da arte”, ambas dirigidas à práxis:

De modo muito claro, desde os tempos mais remotos, até hoje, a Hermenêutica esboçou sempre a exigência de que sua reflexão acerca das possibilidades, regras e meios de interpretação sirva e promova, de modo imediato, a práxis, enquanto que, por exemplo, uma teoria da lógica tem uma aspiração mais alta que a de promover o pensamento lógico ou a teoria dos números e, com isso, promover o cálculo. Por esta razão, a Hermenêutica pode ser entendida, numa primeira aproximação, como uma “teoria da arte”, assim como também a retórica, por exemplo. De modo semelhante ao que acontece com a retórica, a Hermenêutica pode designar uma capacidade natural do homem, isto é, a capacidade de um contato compreensivo com os homens.⁵⁹²

A Pragmática trouxe à Teoria do Direito a dimensão da lógica do razoável, em face do circunstancialismo concreto do problema e a concepção de que o discurso jurídico sustenta-se num processo de construção da persuasão, a partir de critérios de validade reconhecidos pelo grupo. E, como afirma Leonel Severo Rocha, “O Direito, enquanto teoria, só tem razão de ser voltado a uma prática, e vice-versa”⁵⁹³. É por isso que se revela um elemento coadjuvante, que permite ao operador do processo ultrapassar o dogma racionalista, trazendo uma nova forma de considerar a ciência processual, a partir da compreensão e aceitação do razoável e do plausível.

5.2.3 A Necessidade de Superar o Paradigma Racionalista e a Dogmática Processual

A crise do sistema processual que se representa pela sua incapacidade de atender aos reclamos sociais demonstra a necessidade de adoção de novos modos de compreensão dos institutos processuais. E é preciso romper com a dogmática jurídica, utilizando novos

⁵⁹⁰ KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., p. 156.

⁵⁹¹ Idem, p. 152.

⁵⁹² GADAMER, op. cit., 1983, p. 61.

⁵⁹³ ROCHA, op. cit., 2003, p. 59.

mecanismos que se revelem capazes de trazer ao Direito Processual Civil instrumentos que garantam sua efetividade. É preciso fazer a adequada leitura dessa crise renitente que assola o processo, reconhecendo-a como um sinal de que é necessário adotar nova postura. Na feliz expressão de Thomas S. Kuhn, “o significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos”⁵⁹⁴.

A herança do jusracionalismo que impregna o pensamento científico trata o processo de forma exata, afastando-se de possibilidades essenciais para a superação da dogmática, da crise do sistema processual e, de modo específico, do instituto da ação condenatória. Dentre essas possibilidades está a compreensão hermenêutica que, no entanto, não se basta de forma isolada. É necessário instrumentalizar-se a ligação da teoria com a prática jurídica, fazendo com que o Direito Processual não se limite a um *mundo de conceitos*, mas alcance, também, a vida onde devem realizar-se as pretensões do autor. Leonel Severo Rocha reconhece a necessidade de ligar-se a teoria à prática jurídica. Assim afirma que:

A prática, em si mesma, é profundamente reacionária e não é por acaso que o normativismo é o suporte do positivismo dogmático. O objetivo deste ensaio foi indicar que não basta postular uma nova teoria jurídica em níveis essencialmente conceituais ou essencialmente políticos, necessitando-se, ao contrário, de uma postura dialética que articule a teoria e a práxis jurídica (Direito estatal e paraestatal).⁵⁹⁵

A articulação da teoria e da práxis jurídicas tem maior significação numa sociedade em que o complexo de relações determina um sistema funcionalmente travado, incapaz de responder às necessidades sociais. Nesse sentido, Habermas diz que

[...] sólo una teoría orientada a la praxis reconocerá en este estado de cosas aquella paradoja que sin embargo salta a la vista: cuanto más vienen determinados el crecimiento y el cambio de la sociedad por la racionalidad externa propia de procesos de investigación desarrollados en un régimen de división del trabajo, tanto menos se asienta la civilización científica sobre el saber y la conciencia de sus ciudadanos.⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ KUHN, op. cit., 1997, p. 105.

⁵⁹⁵ ROCHA, op. cit., 2003, p. 66.

⁵⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoría y Práxis**. Traducción de Salvador Más Torres y Carlos Moya Espí. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1990. p. 290. “somente uma teoria orientada para a prática reconhecerá nesse estado de coisas aquele paradoxo que, sem embargo, salta à vista: quanto mais vêm determinados o crescimento e a mudança da sociedade pela racionalidade externa própria de processos de investigação desenvolvidos em um regime de divisão do trabalho, tanto menos se assenta a civilização científica sobre o saber e a consciência de seus cidadãos” (tradução livre do autor).

Assim, a articulação da teoria à prática representa a forma que se apresenta para alcançar a transformação dos institutos jurídicos, porque é dessa forma que se permite a “autonomia de la acción y la liberación del dogmatismo”⁵⁹⁷.

Sobre a questão da ideologia que se serve do Direito Processual é importante considerar que se trata de um conceito que, em si, já pressupõe um lugar privilegiado para o agente dessa construção. É por isso que, ao operador do processo, a formulação do sistema de ações, a posição da ação condenatória e a necessidade de posterior execução parecem naturais e necessárias. Não se pode esquecer, contudo, que ideologia é um conceito amplo que transpassa os institutos, muitas vezes sem permitir-se o reconhecimento, como afirma Zizek:

Ideologia pode designar qualquer coisa, desde uma atitude contemplativa que desconhece sua dependência em relação à realidade social, até um conjunto de crenças voltado para a ação; desde o meio essencial em que os indivíduos vivenciam suas relações com uma estrutura social até as idéias falsas que legitimam um poder político dominante.⁵⁹⁸

A subserviência às ideologias fez o processo resistir ao longo dos séculos, mantendo-o inclusive mais conservador, resistindo mais às mudanças sociais do que o direito material. De fato, o Direito Processual é mais resistente às mudanças, contribuindo para a conservação da estrutura vigente. Jhering reconhece que isso é próprio da estrutura processual, assim justificando essa constatação: “A mudança de idéias de um povo e as transformações que se operam na sua vida, influem menos no processo que nas instituições da substância do direito; as idéias morais não influem naquele, e tudo se reduz a uma questão de oportunidade”⁵⁹⁹.

No entanto, quando se trata de ideologia, é preciso renunciar à pretensão de escapar totalmente do pensamento ideológico que vai além da própria consciência, alcançando o espaço do inconsciente e, mesmo, dos preconceitos sociais e morais. Como bem refere Gadamer, “Temos que renunciar à ilusão de clarear totalmente as trevas de nossas motivações e de nossas tendências. Não podemos, porém, ignorar simplesmente este novo âmbito das experiências humanas que se localiza no inconsciente”⁶⁰⁰. É assim que a ideologia não pode

⁵⁹⁷ HABERMAS, op. cit., 1990, p. 290. “autonomia da ação e a liberação do dogmatismo” (tradução livre do autor).

⁵⁹⁸ ZIZEK, Slavoj (Org.). **Um Mapa da Ideologia**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto. 1996. p. 9.

⁵⁹⁹ JHERING, op. cit., p. 14.

⁶⁰⁰ GADAMER, op. cit., 1983, p. 70.

ser totalmente superada, o que também justifica a compreensão de que o Direito Processual não pode negar-se a aceitar a dimensão do provável e do razoável, devendo-se repelir a pretensão de exatidão processual.

Pela sua peculiaridade, o processo torna-se o instrumento propício para servir aos interesses de conservação do *status quo*. A ação condenatória, plenária em sua essência, é um dos meios que permitem o alcance desse propósito, trazido desde o mercantilismo, que busca a valorização da liberdade individual.

É preciso que o operador do processo consiga escapar das amarras da dogmática, na busca de um processo cada vez mais adequado ao bem que se procura tutelar. Sensível, em outros termos, aos anseios do mundo contemporâneo. Essa idéia é sufragada por Cândido Dinamarco que afirma: “No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas e as ‘ondas’ renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir”⁶⁰¹.

Para o agente do processo, a interferência no sistema – até mesmo na busca da solução das suas mazelas – é tarefa difícil e cada vez mais penosa. Embora tal aspecto, o macro sistema social reclama atuação efetiva do sistema processual e, por isso, justifica-se a condução voltada a otimizar o sistema, resolvendo questões que dificultam o pleno cumprimento de sua função.

A sociedade exige um processo sensível aos reclamos e exigências que a atualidade faz. E, nesse início de milênio, o Direito torna-se o modo de apaziguar o sofrimento do indivíduo do século XXI que reclama por justiça numa democracia desencantada que, ao mesmo tempo, afasta os indivíduos uns dos outros ao desqualificar a autoridade tradicional e apresenta-se como a autoridade paliativa desta ausência para a qual ela contribuiu.

A propósito dessa tendência moderna, em que a cidadania cede espaço para a individualidade, Bauman afirma que

⁶⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 33.

Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo o mais do discurso público.⁶⁰²

No mesmo sentido, Stein destaca a dissociação social como um dos elementos da pós-modernidade, afirmando que “a idéia que mais ocorre quando se fala em pós-modernidade é a idéia de uma espécie de dissolução do elemento social, uma espécie de fim que representaria a despedida de vários elementos que até agora foram determinantes na vida cotidiana”⁶⁰³. Esses elementos atingem todas as áreas do conhecimento e também a produção da humanidade, em decorrência da fragmentação dos referenciais que, historicamente, sustentaram e nortearam a caminhada do homem.

Essa quebra de organização temporal e espacial, produto da pós-modernidade e potencializada pela evolução tecnológica, é percebida por Jameson, quando aponta que

Se, de fato, o sujeito perdeu sua capacidade de estender de forma ativa suas protensões e retensões em um complexo temporal e organizar seu passado e seu futuro como uma experiência coerente, fica bastante difícil perceber como a produção cultural de tal sujeito poderia resultar em outra coisa que não um “amontoado de fragmentos” e em uma prática da heterogeneidade a esmo do fragmentário, do aleatório.⁶⁰⁴

Esse fenômeno também produz conseqüências no Direito Processual Civil e, segundo a advertência de Ovídio Baptista da Silva, “como perdeu-se o conceito de *comunidade*, pelo predomínio absoluto do indivíduo [...] torna-se fácil compreender a grave falsificação dos conceitos romanos”⁶⁰⁵.

A modernidade desmancha a tradição, faz surgirem novos papéis sociais e reclama novas respostas, inclusive do Direito Processual. E, mais do que reclamar novas respostas,

⁶⁰² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 46.

⁶⁰³ STEIN, Ernildo. *Órfãos de Utopia: a Melancolia da Esquerda*. Porto Alegre: UFRGS, 1993a. p. 25.

⁶⁰⁴ JAMESON, Fredric. *Pós-Modernismo: a Lógica Cultural do Capitalismo Tardio*. Tradução de Maria Elisa Cevalco. 2. ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 52.

⁶⁰⁵ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 1997, p. 83.

provoca novos desafios. No dizer de Agnes Heller⁶⁰⁶, “as forças motoras impulsionam um desafio que desenraiza e derruba qualquer ordem estabelecida”.

Por sua vez, Hannah Arendt faz a mesma constatação, quando afirma:

Obviamente, a filosofia sofreu mais com a modernidade que qualquer outro campo da ocupação humana; e é difícil dizer se sofreu mais em decorrência da quase automática elevação da atividade a uma dignidade completamente inesperada e sem precedentes ou da perda da verdade tradicional, ou seja, do conceito de verdade que havia por trás de toda a nossa tradição.⁶⁰⁷

Na verdade, a Pós-Modernidade traz um novo universo para a humanidade, apresenta novos modos de compreensão social e implica a abertura do ser para novas possibilidades. Aliás, a tal propósito, Vattimo afirma que

[...] el ser no coincide necesariamente con lo que es estable, fijo y permanente, sino que tiene que ver más bien con el evento, el consenso, el diálogo y la interpretación, se esfuerzan por hacernos capaces de recibir esta experiencia de oscilación del mundo posmoderno como *chance* de un nuevo modo de ser (quizás, al fin), humano.⁶⁰⁸

Para a construção desse novo modo de ser do homem, é preciso, primeiro, manter a crença na capacidade criadora do homem, como expressa Gadamer “Podemos seguir proyectando toda la luz que podamos sobre las oscuridades de la primitiva historia del alma humana, pero su capacidad soñadora sigue siendo su poder más fuerte”⁶⁰⁹.

É preciso, ainda, manter acesa a chama de sobrevivência dos espaços sociais, dando-se possibilidades de desenvolvimento dos ideais comunitários. Nessa linha, definindo o papel da justiça e dos juízes na recuperação e sustentação das instituições democráticas, Garapon

⁶⁰⁶ HELLER, Agnes et al. **A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o Século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 17.

⁶⁰⁷ ARENDT, op. cit., p. 307.

⁶⁰⁸ VATTIMO, op. cit., 1990, p. 87. “o ser não coincide necessariamente com o que é estável, fixo e permanente, senão que tem mais a ver com o evento, o consenso, o diálogo e a interpretação, se esforçam por fazermos capazes de receber esta experiência de oscilação do mundo pós-moderno como oportunidade de um novo modo de ser (quicá, ao fim) humano” (tradução livre do autor).

⁶⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Mito y Razón**. Traducción de José Francisco Zúñiga García. Barcelona: Paidós, 1997. p. 53. “Podemos continuar projetando toda a luz que pudermos sobre as obscuridades da primitiva história da alma humana, mas sua capacidade sonhadora segue sendo seu poder mais forte” (tradução livre do autor).

afirma que “a justiça faz parar a lógica autodestrutiva do individualismo para transformar o indivíduo num sujeito de direito”⁶¹⁰.

Por “sujeito de direito”, compreende esse autor “uma pessoa autônoma e habilitada a definir seus interesses, que é ser simultaneamente titular de direitos e obrigações”. Esse sujeito de direito constitui condição e finalidade da democracia, devendo ser preservado.

Essa nova possibilidade que se apresenta ao indivíduo também reconhecendo que no atual contexto o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, Luiz Werneck Vianna chega a afirmar que esse Poder pode promover a agregação do tecido social e inclusive para a “agregação da cidadania”⁶¹¹.

Essa agregação da cidadania expressa-se também pelo conceito de efetividade processual, representando a busca da solução das relações jurídicas, de forma eficaz, através da atividade jurisdicional. E o sistema processual deve servir aos seus propósitos, instrumentais, na garantia e realização do ordenamento objetivo.

De nada adianta ao processo a perfeita estruturação sistêmica, se dissociada da realidade e distante dos propósitos do Direito, que é a regulação das concretas relações que se estabelecem entre os indivíduos. É o que Vittorio Denti denomina da “necessidade de adaptação do processo às necessidades sociais”⁶¹² apontando, como uma das possíveis soluções, a atribuição de poderes aos juízes para atuar em face das partes mais débeis.

Num tempo em que se afirmaram novos direitos nas legislações de todo o mundo, o direito ao acesso efetivo à justiça transforma-se num “direito charneira”, no dizer de Boaventura de Sousa Santos⁶¹³. Tanto assim se pode dizer do processo civil que se constitui numa das principais formas de realização do direito de acesso à justiça. A ausência de efetiva realização do Direito Processual Civil implica denegação de todos os demais direitos.

⁶¹⁰ GARAPON, Antonie. **O Guardador de Promessas**. Tradução de Francisco de Aragão. Lisboa: Piaget, 1996. p. 199.

⁶¹¹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22

⁶¹² DENTI, Vittorio. **Processo Civile e Giustizia Sociale**. Bologna: Il Mulino, 1982. p. 13.

⁶¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 167.

A ação condenatória do processo civil moderno mantém-se fiel aos elementos políticos que justificaram sua origem, atravessando gerações de juristas e ocupando espaço como instituto processual.

Todavia, trazendo novamente a idéia de Vittorio Denti, é preciso que o processo adapte-se às realidades sociais, peculiares em cada tempo. Acompanhando essa idéia e discorrendo acerca das atribuições dos juízes frente à sociedade moderna e depois de referir as mazelas decorrentes da omissão do Judiciário no trato dos direitos difusos, Mauro Cappelletti diz:

A outra alternativa, pelo contrário, é a de que os próprios juízes sejam capazes de “crescer”, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos “difusos”, “coletivos” e “fragmentados”, tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais.⁶¹⁴

Assim, a superação do individualismo constitui-se num dos desafios para o processo contemporâneo.

E a ação condenatória, em sua feição atual, mantém vicejante a liberdade individual, produzindo a subserviência da autoridade judicial à vontade do indivíduo. Na sua atual conformação, a condenação não se presta para o estabelecimento de institutos processuais que garantam efetivamente a realização das pretensões do indivíduo, porque comprometida com o dogma do racionalismo e da exatidão e com o culto do individual. É necessário agregar-lhe componentes que valorizem a função jurisdicional e se afastem da concepção liberal-individual.

5.3 A PRESERVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL A PARTIR DA INTERAÇÃO DAS EFICÁCIAS MANDAMENTAL E CONDENATÓRIA

O Estado condena e não dispõe de meios eficazes para garantir a realização desse comando. Acaba tendo de submeter-se à vontade do autor, agora credor, de iniciar a

⁶¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 59.

execução. Essa é a redução que o sistema processual apresenta, quando se trata das pretensões relativas ao Direito Obrigacional, e que ocorre exatamente porque o sistema processual, ao tratar da condenação, está mais atrelado a uma perspectiva individualista do que, propriamente, à afirmação da autoridade do juiz, o que se demonstra, inclusive, pela ausência de instrumentos que possam conferir essa autoridade à atividade judicante expressa no comando condenatório. Nem mesmo a previsão de incidência de multa no caso de descumprimento é representativa dessa autoridade judicial.

É verdade que, uma vez proferida a condenação, abre-se para o autor a possibilidade imediata de proposição da ação de execução, que Chiovenda reconhece como um novo poder que relaciona a vontade individual à declaração de vontade contida na sentença. O processualista, aliás, embora sustentando que a sentença é a *vontade da lei* declarada no caso concreto, reconhece que essa sentença encerra uma vontade condicionada⁶¹⁵, agora, à vontade individual e que se representa exatamente pela possibilidade de inaugurar a execução.

A execução, a partir desse entendimento, é um novo poder que se põe ao agora credor, donde aparece a vontade individual que se relaciona à vontade expressa na sentença. Essa execução, admitida depois da condenação, realiza-se a partir da apresentação do título executivo. Assim, Wach percebe o sistema processual alemão, reconhecendo que “la ley no concede al deudor la ventaja de una amonestación previa. No le otorga un plazo para el cumplimiento. La ejecucion puede sobrevenir con la rapidez de un rayo”⁶¹⁶.

Aqui vale resgatar esse ato de vontade do julgador, expresso na sentença, e que o entendimento de Chiovenda subordina à vontade individual que registra o poder de iniciar a execução. O ato jurisdicional resta atrelado à vontade individual, na atual concepção processual. Pode-se arriscar a afirmação, inclusive, de que a subordinação à vontade

⁶¹⁵ Refere Chiovenda: “Ma anche la sentenza è volontà condizionata, rispetto alla sua attuazione, a un atto di volontà del privato: el diritto di emettere quest’atto di volontà, il potere giuridico di rendere incondizionata la volontà accertata nella sentenza rispetto alla sua attuazione, è un diritto nuovo, che nasce colla sentenza, e che non può essere prima della sentenza, che possiamo anche designare come *actio iudicati*” (CHIOVENDA. op. cit., 1993. p. 17). “Mas também a sentença é vontade condicionada, acerca da sua atuação, a um ato de vontade do indivíduo: o direito de emitir este ato de vontade, o poder jurídico de tornar incondicionada a vontade declarada na sentença acerca da sua atuação, é um direito novo, que nasce com a sentença, e que não pode existir antes da sentença, que podemos também designar *actio iudicati*” (tradução livre do autor).

⁶¹⁶ WACH, op. cit., p. 357. “a lei não concede ao devedor a vantagem de uma admoestação prévia. Não lhe outorga um prazo para o cumprimento. A execução pode sobrevir com a rapidez de um raio” (tradução livre do autor).

individual, agora que já prestada a jurisdição através da condenação, representa um desprestígio para a atividade judicante.

Aceita-se com naturalidade que o comando judicial expresso na sentença seja desprezado, restando submetido à vontade individual de requerer o cumprimento da sentença, quebrando a unitariedade da prestação jurisdicional mesmo diante das recentes alterações da lei processual.

Nesse sentido pode-se recuperar a idéia de Bülow, quando reconhece que “los juristas romanos no se habían quedado con la idea superficial del proceso como pura serie de actos del juez y de las partes, sino que habían concebido la naturaleza de aquél como una relación jurídica unitária (*iudicium*)”⁶¹⁷. Ou seja, para o processualista, no Direito Romano a relação jurídica processual era única, mesmo que exercitada perante o magistrado e o juiz privado, em momentos distintos.

Essa compreensão, talvez, seja preciosa para o processo contemporâneo e para a superação da tradicional concepção de jurisdição, de que tenha feição unicamente declarativa. E perceber essa idéia romana da relação processual é indispensável para a aceitação da função executiva e mandamental, como integrantes da mesma jurisdição.

Certamente, a expressão máxima da mandamentalidade no Direito Romano foram os interditos que representavam, segundo De Martino, “un comando o un divieto del pretore, condizionati all’esistenza di presupposti di fatto, non ancora accertati, ma da accertarsi in caso di contestazione o violazione dell’interdetto”⁶¹⁸. O interdito, assim, criava um vínculo jurídico, de natureza publicista, representando um direito aparentemente reconhecido, porque ainda dependia da atividade do juiz privado. Porém, a concessão do interdito, baseada na probabilidade, compreendia uma *ordem* que tinha o efeito de garantir a realização do direito a ser reconhecido pelo juiz privado.

Convém lembrar, ainda, que as diferentes eficácias da sentença que Pontes reconheceu podem coexistir nas várias ações, não se constituem em segmentos estanques e que devam

⁶¹⁷ BÜLOW, op. cit., p. 3. “os juristas romanos não ficaram com a idéia superficial do processo como pura série de atos do juiz e das partes, senão que haviam concebido a natureza daquele como uma relação jurídica unitária (*iudicium*)” (tradução livre do autor).

⁶¹⁸ DE MARTINO, op. cit., p. 232.

ser separados. E, por conta do paradigma racionalista, existe a tendência do processo moderno de tratar essas funções distintamente, o que apenas torna menos efetivo o processo.

No entanto, a interferência e a coexistência das funções declaratória e executiva contribuem para a realização da pretensão do autor e, por isso, nada justifica sua separação. Sobre essa questão, Ugo Rocco, depois de reconhecer o caráter autônomo da função declaratória que denomina de “*accertamento*” ou de “*cognição do direito*” afirma que tal autonomia não pode implicar a existência de barreiras que limitem a atividade e os poderes dos órgãos jurisdicionais, terminando por afirmar não se justificar esse modo de compreender as funções da jurisdição, “*costituendo quasi dei compartimenti stagno, che impediscano e precludano la possibilità di interferenze tra queste diverse attività, anche se lo scopo principale, perseguito dalle parti e dagli organi giurisdizionali, non si sostanzia nella pura cognizione del diritto*”⁶¹⁹.

A partir dessa idéia que, ao final, afina-se com a percepção das diferentes cargas eficaciais das sentenças, realizada por Pontes de Miranda, pode-se concluir pela possibilidade de mesclar as diferentes funções numa única sentença.

Como refere Ovídio Baptista da Silva,

[...] devemos, portanto, recusar autonomia à “*ação*” condenatória, reduzindo para quatro as ações de direito material, indicadas na classificação de Pontes de Miranda. As ações serão, portanto, declaratórias, constitutivas, executivas e mandamentais. A sentença condenatória passará a ser um provimento de natureza incidental, como se dá com as sentenças, igualmente de mérito, porém não finais, da primeira fase das ações de divisão e demarcação e com a sentença que, na ação de prestação de contas provocada, condena o demandado a prestá-las (art. 915, parágrafo 2º, do CPC). Em última análise, a “*ação*” condenatória perderá autonomia, na verdade revelar-se-á inexistente como “*ação de direito material*”, para em seu lugar aparecer uma “*ação executiva de cobrança*”. Este resultado, além de outras vantagens, acabará com a separação entre *processo de conhecimento* e *processo de execução* por títulos judiciais.⁶²⁰

Acompanhando o perspicaz entendimento do processualista, pode-se emendar que a proposição de inserção de comando mandamental na sentença que condena também

⁶¹⁹ ROCCO, U., op.cit., p. 4. “constituindo quase compartimentos fechados, que impedem e bloqueiam a possibilidade de interferência entre essas diversas atividades, ainda se o objetivo principal, perseguido pelas partes e pelos órgãos jurisdicionais, não se sustentam na pura cognição do direito” (tradução livre do autor).

⁶²⁰ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2001a, p. 45.

contribuirá para o atingimento do fim proposto por Ovídio Baptista da Silva. Se ao condenar, o juiz também *ordenar* o pagamento na mesma sentença, dentro do prazo que assinar, reconhecendo-se como desobediência o descumprimento da decisão judicial, haverá evidente valorização da atividade, que terminará por conferir efetividade ao processo.

As sentenças das primeiras fases da ação de divisão, de demarcação ou de prestação de contas, adotadas como paradigma comparativo por Ovídio Baptista da Silva não representam atos apenas formais, porque produzem um resultado efetivo, reconhecendo que a pretensão de divisão, demarcação ou prestação de contas merece acolhida e, também, estabelecendo o *modo* como se realizará efetivamente a pretensão. De igual modo, também os artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil, consagram exemplos de sentenças condenatórias como decisões incidentais, já que se contém a execução na mesma relação processual.

No sistema processual contemporâneo, o juiz condena, mas não dispõe de mecanismos processuais efetivos que atuem no sentido de garantir a obediência dessa condenação. Torna-se, então, um simples aplicador da lei ou, porque não dizer, alguém que intenta aplicar a lei, já que o comando condenatório não registra nenhuma força coercitiva. A incidência da multa pelo inadimplemento não escapa da visão individualista, sendo incapaz de resgatar a autoridade jurisdicional.

O que se percebe, enfim, é a desvalorização da atividade judicante, tornando-se o juiz um mero executor, num processo em que deveria exercer uma função gerencial e diretiva de todo o sistema. Vale recuperar, nesse íterim, a afirmação de Merryman, quando diz que “I giudici, sempre in una concezione nettamente folkloristica, sono i meri operatori di una macchina ideata dalla dottrina e costruita dal legislatore e, in effetti, la terminologia della letteratura giuridica continentale qualificandoli “operatori del diritto” conferma il pregiudizio popolare”⁶²¹.

A partir da constatação de que a condenação representa uma efetiva declaração, pode-se objetar sobre a viabilidade de simplesmente suprimir-se a condenação, utilizando-se apenas a sentença declaratória para realização das pretensões que atualmente requerem o comando

⁶²¹ MERRYMAN, op. cit., p. 123. “Os juízes, sempre numa concepção precisamente folclorista, são os meros operadores de uma máquina imaginada pela doutrina e construída pelo legislador e, de fato, a terminologia da literatura jurídica continental qualificando-os ‘operadores do direito’ confirma o juízo popular” (tradução livre do autor).

condenatório. Nesse caso, é possível trazer o entendimento de Jhering, no aspecto em que observa que “quando uma instituição existe há muitos séculos, nenhum homem dotado de espírito imparcial pode subtrair-se a convicção de que ella se deve basear em motivos imperiosos”⁶²². A condenação que veio ao sistema processual contemporâneo a partir do Direito Romano ocupa um espaço consolidado na doutrina processual, aceita a partir de uma construção histórica que se sustentou nos diversos ordenamentos jurídicos que a consagram.

Os sistemas processuais, por outro lado, desenvolvem seus próprios mecanismos de defesa de seus institutos e, assim, o seu expurgo do mundo moderno não encontraria viabilidade. Também por isso justifica-se a adoção de medidas que tornem efetiva a realização das pretensões através da condenação, a partir da agregação de uma nova eficácia à sentença que condena, o comando mandamental.

5.3.1 Obrigação e Comando Mandamental: Conceitos Incompatíveis?

A ação mandamental é reconhecida por Pontes de Miranda como “aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo *manda*”⁶²³. A partir dessa alusão ao verbo *mandar*, Pontes denominou *mandamental* essa ação que contém ordem do juiz, “no sentido de determinação dirigida a alguém”, como refere Barbosa Moreira⁶²⁴ ou, em outros termos, aquela dotada de “determinado peso, ou tipo de eficácia, consistente em que alguém deva atender, imediatamente, ao que o juiz *manda*”⁶²⁵.

Ao definir a ação mandamental, Pontes de Miranda não se deteve no destinatário da ordem, o que havia sido considerado importante para o direito alemão que referia a necessidade de seu endereçamento a outro órgão do Estado. Como refere Barbosa Moreira, “ao lidar com a matéria, a doutrina brasileira desde o início rompeu amarras postas do outro lado do Atlântico”⁶²⁶. Pontes de Miranda, de fato, diz que “o mandado pode ser dirigido a outro órgão do Estado, ou a algum sub-órgão da justiça, ou a alguma pessoa física ou

⁶²² JHERING, Rudolf Von. *O Fundamento dos Interdictos Possessorios*. Tradução de Adherbal de Carvalho. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Francisco Alves. 1908. p. 9.

⁶²³ PONTES DE MIRANDA, op. cit., 1970, p. 3.

⁶²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 97, p. 252, 2000.

⁶²⁵ Idem, p. 255.

⁶²⁶ Idem, p. 259.

jurídica”⁶²⁷. Assim é que se aceita como mandamental a ação que contenha ordem, sem a restrição de que se dirija a outro órgão estatal.

É importante, ainda, considerar que para definir a ação mandamental, Pontes refere que “tem-se de partir de haver a pretensão pré-processual, que é a tutela jurídica, a pretensão e a ação de direito material”⁶²⁸, reconhecendo a correspondência entre os conceitos de ação processual e ação de direito material.

O peculiar trabalho de Pontes, contudo, não foi acompanhado pela imensa maioria da doutrina que insistiu na classificação das ações entre declaratórias, constitutivas e condenatórias, recusando espaço às ações mandamentais e executivas. E o argumento utilizado sempre foi o de que a *executividade* não expressava o ápice do ato jurisdicional. Aos olhos do Racionalismo, certamente o ápice está no aspecto em que se firma a certeza, não naquele em que se executa. Tanto é assim, que Alfredo Buzaid, criticando os entendimentos que perceberam na ação de mandado de segurança o caráter interdital e a sua natureza executiva, diz que o defeito dessas teorias está em procurar explicar a natureza do todo (a sentença mandamental) por apenas uma das suas partes. Diz ele, “Não se pretende dizer com isso que a *executividade* seja de pouca monta; mas ela é um *posterius*, do qual o *prius* é a sentença que reconhece o direito líquido e certo do seu titular [...]”⁶²⁹. A partir dessa idéia, Buzaid recusa a autonomia à ação mandamental, tratando a decisão como o antecedente necessário e a expedição do mandado como um conseqüente lógico. Difícil para Buzaid, todavia, foi estabelecer uma efetiva classificação ao mandado de segurança, preferindo garantir sua inclusão dentre uma das três ações reconhecidas pela doutrina tripartite, caso a caso.

Ainda, Buzaid repele a analogia da ação de mandado de segurança com os interditos romanos, permitindo-se inclusive afirmar que “a analogia que se pode vislumbrar em ambos, decorrente da medida liminar, é antes formal que substancial e por isso quase irrelevante, pois o elemento que concorre decididamente para distinguí-los não é a semelhança da forma

⁶²⁷ PONTES DE MIRANDA, op. cit., 1970, p. 9.

⁶²⁸ PONTES DE MIRANDA, op.cit., 1970, p. 10.

⁶²⁹ BUZOID, Alfredo. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 72. Completa Buzaid, ainda, referindo que “a mandalidade não é, em conseqüência, um objetivo autônomo apto a criar uma nova categoria de ação, ao lado da declaratória, constitutiva e condenatória”.

processual, antes a categoria diversa dos direitos tutelados pelas respectivas ações”⁶³⁰. Nesse caso, referindo-se aos *direitos tutelados pelas respectivas ações*, parece que Buzaid pretendeu referir-se ao conceito de pretensão. Não alcançou, todavia, o aspecto decisivo, porque não percebeu que a ação de mandado de segurança implica mais do que simplesmente declarar, constituir ou condenar, o que está expresso exatamente no comando mandamental.

Exatamente aqui convém retornar ao Direito Romano, onde estão os fundamentos do Direito Obrigacional que podem servir para explicar os pressupostos doutrinários que conduziram à não aceitação das ações mandamentais com a autonomia que merecem, no ordenamento processual contemporâneo. No primitivo Direito Romano, a relação obrigacional estava mais afeta ao senso do dever, não sendo preponderante o conceito de responsabilidade, como instituto hábil a sujeitar os bens do devedor à satisfação da obrigação. Daí que a *obligatio* não envolvia a patrimonialidade, justificando-se perfeitamente a conclusão de que o juiz privado, através da *condemnatio*, não impunha nada ao demandado.

Limitava-se a recomendar a adoção de procedimento no sentido de adimplir a obrigação. Ou, em outras palavras, esperava-se o cumprimento voluntário da obrigação. Essa característica veio ao sistema processual contemporâneo e, embora tenha admitido francamente a natureza patrimonial da execução, no processo contemporâneo “a marca da primitiva *incoercibilidade* da *obligatio* romana [...] permanece como uma seqüela inapagável”⁶³¹. É, evidentemente, a dissociação do débito da responsabilidade, conseqüência da primitiva concepção romana de que a obrigação apenas fosse proveniente do delito.

A ação mandamental, uma das representantes modernas da atividade do pretor romano, restou esmaecida no sistema processual contemporâneo, o que também decorreu da importância que se conferiu à ação condenatória, como reconhece Ovídio Baptista da Silva que, depois de reconhecer essa afirmação da condenação como única forma de expressão da jurisdição, percebe que a doutrina

[...] deixou na penumbra as outras formas mais marcantes e reveladores do *imperium* judicial, em que se manifesta a atividade do juiz, de tal modo que, ao jurista habituado a lidar com os conceitos tradicionais se tornava realmente difícil conceber as ações mandamentais, tão próximas da atividade administrativa que com esta vêm confundidas, historicamente, desde o Direito Romano.⁶³²

⁶³⁰ Idem, p. 73.

⁶³¹ BAPTISTA DA SILVA, op.cit., 1997, p. 52.

⁶³² Idem, 1991, p. 162.

A ação mandamental, pelo *imperium* que contém, é um instrumento excelente na afirmação da autoridade da *jurisdição*, exatamente pela ordem nela contida.

Acompanhando esse entendimento e depois de reconhecer as resistências que se colocam na doutrina, acerca da admissibilidade das ações mandamentais, Luiz Fux diz que “as mandamentais são ações em que o comando judicial, mercê de apresentar o conteúdo dos demais, encerra uma ordem que é exigida ‘na mesma relação processual’ de onde emergiu o mandamento”⁶³³. E, depois de perceber que a peculiaridade das ações do tipo mandamental é a sua efetividade, a partir da unidade procedimental entre execução e conhecimento, Fux completa dizendo que “a mandamentalidade está na preponderância da ordem sobre o julgamento, isto é, a declaração do direito precede, mas a eficácia que se busca é a ordenatória e não a condenatória, como imaginam aqueles que não concebem que o juiz emita ordens”⁶³⁴.

Não é de hoje que se buscam novos mecanismos de atender com maior celeridade e efetividade às pretensões insatisfeitas. No Direito Italiano, Domenico Borghesi aponta diversos mecanismos que têm sido introduzidos naquele ordenamento, com o propósito de conferir maior celeridade ao processo. Dentre esses, destaca a crescente introdução de “provvedimenti sommari che possono essere emanati dal giudice nel caso in cui la particolare evidenza del diritto fatto valere o la sua non contestazione diano luogo a una lite da pretesa insoddisfatta cui non è necessario fare percorrere la via lunga della procedura ordinaria”⁶³⁵.

No mesmo sentido, Enrico Redenti reconhece a importância de tais instrumentos, quando afirma que “anche nel campo civile possono esser dati dei provvedimenti analoghi alla condanna (decreti ingiuntivi), con un accertamento sbrigativo e sommario, suscettibile di opposizione, ma che assume gli effetti di un provvedimento ordinario di condanna ai fini della esecuzione, se l’opposizione non venga tempestivamente proposta”⁶³⁶. Vale observar,

⁶³³ FUX, Luiz. **Tutela Antecipada e Locações**: os Fundamentos da Antecipação da Tutela e sua Aplicação na Relação Locatícia. Rio de Janeiro: Destaque, 1995. p. 14.

⁶³⁴ Id-Ibidem.

⁶³⁵ BORGHESI, Domenico. L’Antecipazione Dell’Esecuzione Forzata nella Riforma del Processo Civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, ano XLV, n. 1, mar. 1991. p. 191. “provimentos sumários que podem emanar do juiz no caso em que a particular evidência do direito feito valer ou a sua não contestação dão lugar a uma lide da pretensão insatisfeita que não precisa percorrer o longo caminho do procedimento ordinário” (tradução livre do autor).

⁶³⁶ REDENTI, op. cit., p. 78. “também no campo civil podem ser dados provimentos análogos à condenação (decretos injuntivos), com uma declaração completa e sumária, suscetível de oposição, mas que assumem os efeitos de um provimento ordinário de condenação para os fins da execução, se a oposição não vier tempestivamente proposta” (tradução livre do autor).

aqui, que Redenti reconhece aos decretos injuntivos um caráter análogo ao da condenação: equivale, para ele, dizer que condenação e mandamento encontram-se num campo similar, exatamente porque reconhece a presença de injunção na condenação.

Ugo Rocco desenvolve seu pensamento a partir da compreensão de que a condenação encerra uma injunção, o que lhe permite elaborar comparativo similar, quando afirma que “la stessa condanna altro non è che l’ accertamento di un precetto giuridico e l’ ingiunzione di osservarlo, a cui, in caso de inosservanza, seguirà la realizzazione coattiva sul patrimonio dell’ obbligato (sanzione)”⁶³⁷. Por tal excerto, é possível perceber que a diferenciação dada à condenação, em relação à declaração, é exatamente a injunção. Todavia, o que falta ao sistema processual contemporâneo é a aceitação de instrumentos que tornem efetiva essa imposição.

Percebendo esse aspecto, Ovídio Baptista da Silva, com ímpar perspicácia, afirma que a pandetística germânica, os juristas franceses do século XIX e os primeiros processualistas daí surgidos promoveram verdadeira “falsificação histórica” ao generalizarem o instituto da ação condenatória, “transformando em obrigacional todas as pretensões trazidas ao processo”⁶³⁸ e, assim, desfigurando a *vindicatio* romana o que, atualmente, implica enfraquecimento da ação reivindicatória. Essa falsificação, certamente, representou uma generalização da *actio*, em prejuízo da *vindicatio*.

Assim, a agregação da natureza mandamental à ação condenatória, a partir da inclusão da ordem, valorizará o ato processual expresso pela sentença condenatória que deixará de representar um simples “momento” para tornar-se o ato em que o julgador, enquanto *condena*, também *ordena* o pagamento. Isso implicará, ainda, o estabelecimento de instrumentos que contribuam para o alcance dessa condenação, agora também mandamental. E, mais do que valorizar o ato processual, valoriza-se a atividade jurisdicional.

Nesse momento cabe recuperar mais uma vez a idéia de responsabilidade como um dos elementos da obrigação, o que justifica a possibilidade de adoção de mecanismos não

⁶³⁷ ROCCO, U., op. cit., p. 59. “a própria condenação outra coisa não é que a declaração de um preceito jurídico e a injunção de observá-lo, o qual, em caso de inobservância, seguirá a realização coativa sobre o patrimônio do obrigado (sanção)” (tradução livre do autor).

⁶³⁸ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2003, p. 221.

estritamente patrimoniais para solução das pretensões relativas ao direito obrigacional, como a inserção do comando mandamental na ação condenatória.

No Código de Processo Civil brasileiro, já existe a consagração de proposição similar, representada pelas disposições dos artigos 461 e 461-A. Tais dispositivos, destinados à tutela das obrigações de fazer e não fazer e de entregar coisa, conduzem à sentença que é inclusive reconhecida como mandamental por alguns autores, como é o caso de Marinoni que, depois de referir as dificuldades que o ordenamento processual italiano enfrenta para conceber a inibitória como tutela atípica, afirma que “no Brasil não há este problema, podendo-se dizer que está presente, no Código de Processo Civil (art. 461), o fundamento da tutela mandamental atípica”⁶³⁹. No entanto, não se pode esquecer que essas sentenças têm origem nas pretensões oriundas do Direito Obrigacional, o que não permite sua inclusão dentre as sentenças mandamentais.

Igualmente, a recente inclusão de dispositivo que determina a incidência de multa ao devedor condenado a pagar, que não cumpre o comando condenatório, também não é capaz de fazer mandamentais as sentenças condenatórias. A previsão de multa representa, aliás, a expressão de uma concepção liberal individualista, insuficiente para a afirmação e preservação da necessária autoridade jurisdicional.

A discussão entabulada tem seus fundamentos, certamente, na proximidade que existe entre o *ato executivo* e a *ordem*, típica das sentenças mandamentais. Isso é adequadamente percebido por Ovídio Baptista da Silva, quando refere que “embora sejam categorias bem diferenciadas, tanto as ações e sentenças executivas alcançam limites que as aproximam, como vimos há pouco, das ações e sentenças constitutivas como sucede um fenômeno semelhante de aproximação e contágio conceitual entre as executivas e as ações e sentenças mandamentais”⁶⁴⁰. Essa aproximação é devida à publicização cada vez maior do Direito Privado, o que confere uma imperatividade maior às sentenças.

Em síntese, é possível afirmar que não existe uma absoluta incompatibilidade entre a obrigação e a inserção de comando mandamental, nas sentenças condenatórias. O fato de que

⁶³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória** – Individual e Coletiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29.

⁶⁴⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Volume 2. p. 144.

as pretensões relativas ao direito obrigacional, notadamente aquelas relativas a pretensões pecuniárias, não alcançadas pelo artigo 461, do CPC, encontrem sua forma de solução em juízo através das ações condenatórias, deve-se à compreensão de que o processo foi formando do Direito Romano, influenciado pelo paradigma racionalista e orientado no sentido de buscar a exatidão ao invés da plausibilidade, de valorizar mais a concepção privatística ao invés de perseguir a autoridade da prestação da tutela jurisdicional.

5.3.2 Mandamentalização da Condenação: a Garantia da Autoridade Judicial

A idéia de tutela mandamental tem sido discutida em diversos ordenamentos, entendendo-se que através dela é possível alcançar-se maior efetividade processual. Uma das suas expressões está nos provimentos sumários acima referidos, capazes de escapar dos ritos ordinários. Recuperar o espírito da função pretoriana também inclui-se na proposta de mandamentalização da condenação: ao conceder ou não a fórmula, o pretor romano realizava um controle preventivo⁶⁴¹ da atividade jurisdicional. A inserção do comando mandamental também opera nesse sentido, na medida em que a coerção existente valoriza o comando sentencial. É o órgão jurisdicional garantindo, preventivamente, o cumprimento da condenação.

A função do pretor, desenvolvida no Direito Romano depois do período clássico, teve o mérito de afirmar o poder de império, o que é reconhecido por Hans Reichel, quando diz que tal função foi capaz de inspirar o “modelo y el prototipo del llamado imperialismo judicial, el prototipo de aquel juez que, en lugar de aplicar exclusivamente la ley, la completa por propia perfección de poder, la desarrolla, y allí donde le parece necesario directamente la derriba”⁶⁴². Então, ao tempo em que se substituíam antigas penas, que submetiam o devedor

⁶⁴¹ É de Pugliese o reconhecimento de que o pretor exercia um “controllo preventivo” conclusão que alcança a partir da percepção de que “nel processo *per formulas* il magistrato, a cui spettava di approvare o no il programma di giudizio (la formula) proposto dall’attore, poteva non approvarlo, denegando quindi l’azione, anche se gli risultava, in base agli elementi già emersi nel dibattito preliminare dinanzi a lui, che l’attore nel merito non aveva ragione” (PUGLIESE, op. cit., 1957. p. 28). “no processo *per formulas* o magistrato, de quem se esperava aprovar ou não o programa do juízo (a fórmula) proposto pelo autor, poderia não aprová-lo, denegando assim a ação, também se reconhecia, com base nos elementos já trazidos no debate preliminar diante dele, que o autor não tinha razão no tocante ao mérito” (tradução livre do autor).

⁶⁴² REICHEL, Hans. **La Ley y la Sentencia**. Traducción de Emilio Miñana Villagrasa. Madrid: Reus, 1921. p. 121. “modelo e o protótipo do chamado imperialismo judicial, o protótipo daquele juiz que, em lugar de aplicar exclusivamente a lei, completa-a por própria perfeição de poder, a desenvolve, e ali onde lhe parece necessário diretamente a derruba” (tradução livre do autor). Completa o autor, ainda, que “no sin razón algunos de los defensores de la teoría del Derecho libre han ensalzado al pretor, considerándolo como el tronco del que procede la jurisprudencia libre”. “não sem razão alguns dos defensores da teoria do Direito

ao poder do credor também se conferia maior poder ao pretor, especialmente através da atividade interdital que continha uma função ampla, também mandamental. Nessa linha, embora o interesse privado do credor tivesse quase sempre um valor pecuniário, o Direito Romano “no negaba la protección de cualquier otro interés que fuese digno de ella”⁶⁴³. Essa proteção era realizada, em sua maior expressão, pela atividade do pretor, através dos interditos.

A mandamentalização da condenação permitirá a valorização da atividade judicante que deve ser compreendida em seu mais amplo sentido, percebendo-se a importância de sua inserção histórica e do seu comprometimento ético. Permitir ao julgador impor respeito à decisão condenatória garante um vanguardismo ético, desejado por Wieacker na consecução da atividade jurisdicional:

Na verdade, ao contrário do que acontece com o juiz do estado de direito, uma consciência de vanguardismo ético verá inconscientemente sinais de vitória dos valores por ela apregoados no dilatar dos limites à responsabilidade do devedor, na extensão dos deveres contratuais, no reconhecimento da compensação dos prejuízos. Ora, isto não fará esquecer, porventura, que também a decisão que recusa a pena ou que não alarga os valores contratuais ou a indenização pode não ser menos justa do que a contrária; e deve-se notar que pertence às virtudes do juiz justo, tanto quanto à exigência ética aos que violaram o direito, também a benignidade no rigor e uma perspectiva justa dos limites da realização jurídica dos valores eticamente desejáveis.⁶⁴⁴

É preciso reconhecer, também, que a história não pode ser desconsiderada nem esquecida no processo contemporâneo que, todavia, tem-se mostrado arredo a tal compreensão, como percebe Ovídio Baptista da Silva que chega a vislumbrar aí uma das contradições do pensamento moderno, quando afirma que “sabemos – mais do que sabemos, vangloriamos-nos de viver numa democracia pluralista em que os valores devem ser relativizados, mas não temos a capacidade de *historicizar* a modernidade. Nossa ahistoricidade convive com um mundo essencialmente hermenêutico”⁶⁴⁵.

A certeza não pode representar uma meta a ser alcançada, sendo necessário reconhecer sua evidente incompatibilidade com o direito, porque a vida e a natureza humana, em suas

livre tem engrandecido o pretor, considerando-o como o tronco do qual procede a jurisprudência livre” (tradução livre do autor).

⁶⁴³ ENNECCERUS, op. cit., p. 5. “não negava a proteção de qualquer outro interesse que fosse digno dela” (tradução livre do autor).

⁶⁴⁴ WIEACKER, op. cit., p. 703.

múltiplas expressões, não se apresentam certas, nem previsíveis. É por isso que o direito deve aprender a conviver com o provável, com o razoável, deixando de lado a busca da certeza.

É preciso escapar do reducionismo da certeza, não sendo possível concordar com Ugo Rocco que, numa evidente homenagem ao racionalismo, prega que “è logico che per poter realizzare il diritto sia indispensabile preventivamente accertarlo, in quanto non si può dar luogo alla realizzazione di un rapporto giuridico, quando la sua esistenza sia incerta”⁶⁴⁶. Ainda, em passagem diversa, Rocco permite-se exigir que a declaração prévia do direito tenha uma característica de estabilidade e definitividade⁶⁴⁷. Esquece o processualista, certamente, que no Direito Romano a atividade do pretor, decisiva para a realização das pretensões que se apresentavam, tinha sua maior expressão exatamente nos juízos de probabilidade.

A busca da certeza do direito é comparada por Merryman a uma forma romântica de caça ao dragão, a uma concepção vazia de significado e a “uno *slogan* disponibile per sostenere qualsiasi posizione”⁶⁴⁸. No caso, reconhece que esse método empregado ao Direito presta-se a perpetuar um complexo de postulados sócio-econômicos que não têm mais valor, sendo o desafio para o jurista desse mundo contemporâneo a busca de proposições que permitam uma nova consideração do fenômeno processual, a partir de um novo paradigma.

Giuseppe Grosso, destacando a necessidade de consideração da perspectiva histórica, reconhece que a obra do jurista não sobrevive, nem existe, dissociada dessa percepção, porque “la storia, in quanto vita, è molteplicità e varietà, l’ordinamento giuridico per il giurista si pone come unità organica e, in questa riduzione sul piano di una unità organica, la prospettiva

⁶⁴⁵ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 2004b, p. 91

⁶⁴⁶ ROCCO, U., op. cit., p. 285. “é lógico que para poder realizar o direito seja indispensável previamente declará-lo, enquanto não se pode dar lugar à realização de uma relação jurídica, quando a sua existência seja incerta” (tradução livre do autor).

⁶⁴⁷ É assim que o processualista afirma: “È, infatti, normale che il provvedimento di condanna, il quale apre la via alla realizzazione coattiva del diritto, sia preceduto dall’accertamento del diritto stesso, e che tale accertamento abbia un carattere di stabilità e definitività, non potendosi, per una necessità logica e giuridica, passare alla realizzazione coattiva del diritto, se non quando il diritto appaia legalmente certo” (Idem, p. 292). “È, de fato, normal que o provimento de condenação, o qual abre a via para a realização coativa do direito, seja precedido da declaração do mesmo direito, e que tal declaração tenha um caráter de estabilidade e definitividade, não se podendo, por uma necessidade lógica e jurídica, passar para a realização coativa do direito, se não quando o direito apareça legalmente certo” (tradução livre do autor).

⁶⁴⁸ MERRYMAN, op. cit., p. 210. “um *slogan* disponível para sustentar-se qualquer posição” (tradução livre do autor).

storica, se anche serve ad individuare, estendere o circoscrivere la persistenza di dati elementari, viene appiattita”⁶⁴⁹.

Assim, também, a tradição, característica do jurídico, mantém a continuidade dos esquemas jurídicos, reduzindo a uma unidade orgânica a complexa variedade da vida nos seus diferentes tempos. É por isso que se sustentam os institutos jurídicos, mesmo diante das transformações sociais. Nesse ponto, Grosso sugere que “il giurista deve essere un uomo di cultura, nel senso più pieno della parola. La sua stessa tecnica non può risolversi in sé senza la costante penetrazione dell’umano che vive nel diritto. Egli non può limitarsi a far funzionare una macchina senza sentire come questa nasce [...]”⁶⁵⁰.

A compreensão da dimensão histórica do Direito não se poderá realizar num enfoque meramente descritivo ou exegético. Deverá buscar a recuperação do desenvolvimento do pensamento jurídico passado, alcançando a superação da lógica que o informa.

Enfim, a mandamentalização merece ser agregada à condenação, reconhecendo-se que esse é, nesse tempo, um reclamo da sociedade, na busca da efetividade processual. A propósito, Grosso afirma que

Se la vita è varietà e l’ordinamento giuridico è unità, se tanto nel succedersi molteplice del vario come nella riduzione all’unità dell’ordine esiste una continuità, se questa continuità trova espressione concreta nel tradizionalismo dei giuristi, lo storico del diritto non può creare compartimenti stagni, e non può dunque rinnegare l’ausilio che alla comprensione di un ordinamento giuridico del passato dà non solo la storia precedente, ma anche la storia successiva; egli non può quindi neppure chiudere gli occhi al valore che nel cogliere la realtà di quegli istituti e di quei principi giuridici ha la dogmatica del nostro tempo in quel carattere “scientifico” con cui essa si presenta.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ GROSSO, op. cit., p. 498. “a história, enquanto vida, é multiplicidade e variedade, o ordenamento jurídico para o jurista põe-se como unidade orgânica e, nesta redução sobre o plano de uma unidade orgânica, a perspectiva histórica, ainda que sirva para individuar, estender ou circunscrever a persistência desses dados elementos, vem aplainada” (tradução livre do autor).

⁶⁵⁰ Idem, p. 500. “o jurista deve ser um homem de cultura, no sentido mais pleno da palavra. A sua própria técnica não pode resolver-se em si sem a constante penetração do humano que vive no direito. Ele não pode limitar-se a fazer funcionar uma máquina sem sentir como esta nasce [...]” (tradução livre do autor).

⁶⁵¹ GROSSO, op. cit., p. 503. “Se a vida é variedade e o ordenamento jurídico é unidade, se tanto na múltipla sucessão da variedade como na redução à unidade da ordem existe uma continuidade, se esta continuidade encontra expressão concreta no tradizionalismo dos juristas, o histórico do direito não pode criar compartimentos estanques, e não pode também recusar o auxílio que a compreensão de um ordenamento jurídico do passado dá não apenas para a história precedente, mas também para a história sucessiva; ele não pode assim jamais fechar os olhos aos valores que se colhem na realidade desses institutos e daqueles princípios jurídicos da dogmática jurídica do nosso tempo, através da qual aquele caráter científico se apresenta” (tradução livre do autor).

A mesma unitariedade do ordenamento jurídico, destacada por Grosso, também é reconhecida por Francesco Calasso, ao apontar que “l’ordinamento giuridico non è una meccanica unione de norme, ma una unità”⁶⁵², pelo que o ordenamento jurídico, como ordenamento, não é um simples arranjo de normas ou de regras de conduta. É mais, já que tem vida própria, podendo ser comparado a um grande organismo.

Então, pode-se inferir que o sistema processual contemporâneo desenvolveu mecanismos de controle e de subsistência que o tornam capaz de sustentar-se com os institutos que o formam. É por isso que Calasso reconhece essa característica, dizendo que “è vero che il diffuso andazzo di giudicare le istituzioni del passato alla stregua dei nostri gusti moderni, ci fa spesso parlare di decadimenti o di deformazioni degl’istituti seza tener conto delle diverse forme di vita da cui nascono e rispetto alle quali, per questa circostanza medesima, sono perfetti”⁶⁵³.

Ainda acerca dessa dimensão do processo, é possível trazer a compreensão de Calamandrei, ao referir que as várias atividades processuais devem distribuir-se no espaço e no tempo de acordo com uma ordem lógica “quasi come in un dramma scenico le battute degli attori si succedono non a caso, ma secondo il filo dell’azione, in modo che la frase susseguente à giustificata da quella precedente ed a sua volta dà occasione a quella che vien dopo”⁶⁵⁴.

A proposição apresentada, de tornar também mandamental a condenação, preserva o ordenamento processual, constituindo-se tal aspecto num ponto vantajoso. O impacto no sistema processual não é de envergadura capaz de comprometer seu funcionamento. Mas o resultado, para a efetividade processual, pode ser considerável, na medida em que a feição também mandamental, trazida à sentença que atualmente apenas produz a condenação, terá o mérito de colaborar na realização da pretensão do autor.

⁶⁵² CALASSO, op. cit., 1949, p. 28. “o ordenamento jurídico não é uma mecânica união de normas, mas uma unidade” (tradução livre do autor).

⁶⁵³ Idem, p. 54. “é verdade que o difundido hábito de jurisdicizar as instituições do passado sob os nossos gostos modernos, sendo freqüente falar de decaimento ou deformação dos institutos sem ter em conta as diversas formas de vida das quais nascem e em face das quais, por essa mesma circunstância, são perfeitas” (tradução livre do autor).

⁶⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. **Il Processo di Cognizione**. 11. ed. Firenze: Universitária, 1943. p. 7. “quase como num drama cênico as frases dos atores sucedem-se não ao acaso, mas segundo o fio da ação, de modo que a frase subsequente à daquela precedente dá ensejo àquela que vem depois” (tradução livre do autor).

Ainda, a efetividade na prestação da tutela jurisdicional não representa apenas um interesse dos particulares ou unicamente um anseio social. É, antes, o desejo do próprio Estado que tem nessa atividade uma das suas mais importantes funções. Pode-se, nesse sentido, considerar com Monacciani que “certamente è supremo interesse dello Stato, che l’organo giurisdizionale, svolga la funzione demandatagli, adempiendo all’obbligo che esso ha nei confronti dello Stato medesimo [...]”⁶⁵⁵. Assim, a mandamentalização da condenação também opera no interesse do Estado, na medida em que torna mais efetiva a atividade jurisdicional, iniciando pela valorização dos comandos emanados do julgador.

Aqui, volta-se o olhar para o sistema do *common law*, onde “il giudice gode di un amplissimo potere discrezionale”⁶⁵⁶, tanto na concessão da *injunction* quanto na adoção das medidas destinadas a garantir o cumprimento da ordem emanada. Nessa mesma linha, Vittorio Denti destaca que “la posizione e i poteri degli organi giudiziari nell’attuazione della sanzione esecutiva rappresentano il problema essenziale nello studio della esecuzione”⁶⁵⁷. E, então, a inserção da ordem na sentença que condena, bem como a aceitação de que a desobediência merece repreensão na esfera criminal, estatuiendo-se pena de prisão para o descumprimento da ordem, importará a valorização da atividade judicante.

No Direito contemporâneo, o interesse individual cede cada vez mais espaço àquele do Estado, que age independentemente da vontade do indivíduo, ainda que na defesa de interesses que, historicamente, afirmaram-se como privados. Porém, o Direito Processual ainda não acompanha plenamente essa tendência e, especialmente no direito obrigacional, a realização dos comandos judiciais ainda pode depender da vontade individual. Nesse sentido, Pekelis afirmava a dependência da atividade jurisdicional em face da vontade individual, quando dizia que “alcune delle attività statali, pur essendo dirette alla soddisfazione dei bisogni del singolo e pur essendoci sostituite ad analoghe attività individuali, vengono svolte

⁶⁵⁵ MONACIANI, Luigi. *Azione e Legittimazione*. Milano: Giuffrè. 1951. p. 61. “certamente è supremo interesse dello Stato que o órgão jurisdicional desenvolva a função que lhe é demandada, cumprindo à obrigação que isso tem nos confrontos do próprio Estado...” (tradução livre do autor).

⁶⁵⁶ FRIGNANI, Aldo. *L’Injunction nella Common Law e L’Inibitoria nel Diritto Italiano*. Milano: Giuffrè. 1974. p. 519. “o juiz goza de um amplissimo poder discricional” (tradução livre do autor).

⁶⁵⁷ DENTI, op. cit., 1953. p. 35. “a posição e os poderes dos órgãos judiciários na atuação da sanção executiva representam o problema essencial no estudo da execução”.

senza dipendere in alcun modo dal volere del singolo interessato”⁶⁵⁸. Ora, essa constatação também conduz à inferência de que se faz necessário garantir a atuação do órgão jurisdicional, inserindo comando mandamental na condenação. Afinal, diz o mesmo Pekelis, “il funzionamento, dunque, del diritto d’azione, è nient’altro che il funzionamento dell’ordinamento giuridico come tale”⁶⁵⁹, reconhecendo então a importância dessa atividade jurisdicional.

E, por esse raciocínio, mandamentalizar a condenação representa conferir uma feição ainda mais publicista ao processo. É ainda de Pekelis a premissa de que “l’integrità e l’autonomia dogmatica del diritto privato è perciò, per i processualisti che operavano in simile ambiente, una imprescindibile, per quanto più o meno incosciente, esigenza politica e sociale”⁶⁶⁰, quer dizer, os processualistas que contribuíram para a afirmação do processo contemporâneo, influenciados pelo historicismo de Savigny não puderam admitir que o próprio Direito Privado estivesse assentado sobre o Direito Público, dependendo essencialmente da vontade do Estado e apenas existindo em face da atuação da justiça estatal.

Ora, a mandamentalização proposta afirma a vontade estatal. O exercício da ação, a partir da condenação, produzirá conseqüências independentemente da vontade individual, cumprindo o Estado nada além de sua função jurisdicional que, também ela ato de vontade, encontra mecanismos capazes de realizar sua própria justificação e, por via reflexa, realizar com maior efetividade a pretensão do autor da ação.

No caso das obrigações de fazer e não fazer e, ainda, naquelas de entregar coisa, afirmaram-se as *astreintes*, consolidação da jurisprudência francesa que, de acordo com Hugo Alsina, “consiste en la aplicación de una multa diaria para constreñir al deudor a ejecutar el hecho debido, lo cual tiene suma importancia respecto de los actos llamados personalísimos”⁶⁶¹. Essa multa diária objetiva constranger o obrigado, determinando sua

⁶⁵⁸ PEKELIS, op. cit., p. 34. “nenhuma das atividades estatais, embora sendo dirigidas à satisfação das necessidades do indivíduo e portanto substitutas das análogas atividades individuais, vem desenvolvidas sem depender de algum modo da vontade do interessado singular” (tradução livre do autor).

⁶⁵⁹ Idem, p. 35. “o funcionamento, pois, do direito de ação, não é outra coisa que o funcionamento do ordenamento jurídico como tal” (tradução livre do autor).

⁶⁶⁰ Idem, p. 39. “a integridade e a autonomia dogmática do direito privado era portanto, para os processualistas que operavam em ambiente similar, uma imprescindível, embora mais ou menos inconsciente, exigência política e social” (tradução livre do autor).

⁶⁶¹ ALSINA, Hugo. **Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Buenos Aires: Compañía Argentina, 1943. Tomo III. p. 116. “consiste na aplicação de uma multa diária para obrigar o

vontade no sentido de promover o cumprimento da obrigação ou, como diz Mandrioli, trata-se de “misure di coercizione indiretta della volontà del debitore, consistenti per lo più in una condanna pecuniaria”⁶⁶². O ordenamento processual aceita bem essa imposição de multa que, no entanto, tem uma orientação liberal privatística. Igualmente a incidência de multa pelo não pagamento da condenação pecuniária tem função similar. Mas é preciso mais, para valorizar a atividade jurisdicional, pelo que se sustenta a aceitação do reconhecimento do delito de desobediência àquele que descumpra a sentença condenatória, também em relação às obrigações de fazer e não fazer ou nas de entregar coisa.

A propósito, em relação a tais obrigações, a aceitação das *astreintes* já representou um reforço da condenação, nesses casos em que a realização patrimonial não realizava a pretensão. Embora o instrumento tenha conferido efetividade ao processo, facilitando o atendimento das pretensões relativas às obrigações de fazer e não fazer e de entrega de coisa, é ainda tímido, quando se trata de valorização da atividade jurisdicional.

A proposta apresentada que em última análise representaria uma *equiparação* de um instituto a outro tem existência em institutos similares, como no caso das execuções: apóia essa afirmação o entendimento de Pontes de Miranda que, depois de reconhecer que a ação de execução de sentença é o protótipo da ação executiva *lato sensu*, diz que “a ação de execução de títulos extrajudiciais e outras ações de execução são apenas ‘equiparações’. Equiparações de *direito processual*, como o *nexus* e a cláusula executiva (quando o sistema jurídico o permita), ou equiparações de *direito material*”⁶⁶³. Por esse entendimento, mandamentalizar a condenação equivaleria, também, a uma equiparação, agregando-se uma nova eficácia à sentença condenatória.

Dentro de uma visão dogmática pode-se resistir à mandamentalização da sentença condenatória, sob o argumento de que a medida criaria figura processual amorfa, mesclando a

devedor a executar o fato devido, o qual tem suma importância relativamente aos atos chamados personalíssimos” (tradução livre do autor).

⁶⁶² MANDRIOLI, op. cit., 1953. p. 100. “medidas de coerção indireta da vontade do devedor, consistentes em geral em uma condenação pecuniária”. Mandrioli também afirma que essas medidas de coerção indireta desenvolvem sua ação “in un campo meramente psicologico, a queste misure non possa attribuirsi una diretta funzione esecutiva nel senso coattivo dell’espressione, giacché raggiungeranno il loro scopo soltanto allora quando potranno non essere applicate, ossia quando avranno indotto il debitore all’adempimento”. “num campo meramente psicológico, a essas medidas não se pode atribuir uma função direta executiva no sentido coativo da expressão, já que alcançam o seu objetivo também quando possam não ser aplicadas, ou seja, quando induziram o devedor ao adimplemento” (tradução livre do autor).

⁶⁶³ PONTES DE MIRANDA, op. cit., 1970, p. 9.

condenação com o comando mandamental. É razoável observar, todavia, que a inserção de ordem na sentença, ordem que inste ao pagamento da condenação, a partir da aplicação de pena, produzirá maior efetividade processual, exatamente a partir das conseqüências que se podem apresentar.

Tal conseqüência – a pena que sobrevém pelo descumprimento – tem uma relevância destacada e poderá efetivamente garantir o cumprimento de boa parte das condenações judiciais, dispensando-se a necessidade de alcançar a satisfação pela adoção dos procedimentos executivos. É importante, nesse ponto, lembrar de Pekelis que observa:

Nella vita dell'uomo e dell'umanità i fenomeni riflessi o secondari contano straordinariamente, spesso più delle loro cause, le sensazioni psichiche più delle reazioni fisiche, le apparenze più della sostanza, le complicazioni sentimentali più dell'istinto sessuale che ne può essere causa, il sistema della filosofia pessimistica più dei mali fisici che possono averla suggerita, l'ombra più del corpo che l'abbia gettata.⁶⁶⁴

A mandamentalização da condenação poderá afirmar-se no sistema processual contemporâneo, produzindo inclusive um novo mote de consideração da atividade jurisdicional, valorizando a atividade do julgador e atendendo a pretensão do autor.

Convém, nesse ponto, perceber que, a partir da construção das diferentes cargas eficaciais, realizada por Pontes de Miranda, a sentença condenatória pode, também ela, conter diferentes eficácias. Por exemplo, quando o juiz determina a inclusão de comandos como aqueles previstos para as obrigações de fazer e não fazer, previstos no parágrafo 5º, do artigo 461, do Código de Processo Civil⁶⁶⁵.

Nessa hipótese, ao classificar essa sentença condenatória com essa agregação da ordem, Barbosa Moreira afirma que a eficácia mandamental haverá de ser reconhecida como prevalente, sempre que a “providência ordenada se destine a *substituir* o processo de

⁶⁶⁴ PEKELIS, op. cit., p. 45. “Na vida do homem e da humanidade os fenômenos reflexos ou secundários contam extraordinariamente, ainda mais que as suas causas, as sensações psíquicas mais do que as reações físicas, as aparências mais do que a substância, as complicações sentimentais mais do que o instituto sexual que lhes possa ter dado causa, o sistema da filosofia pessimística mais do que os males físicos que possam tê-la sugerido, a sombra mais do que o corpo que a tenha produzido” (tradução livre do autor).

⁶⁶⁵ Art. 461, § 5º do CPC: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

execução, tornado desnecessário”⁶⁶⁶. Nesses casos, então, em que a providência pode tornar dispensável o processo de execução, o processualista reconhece que “Aí não há dúvida de que a sentença assume eficácia *preponderantemente* mandamental”⁶⁶⁷.

A contrário senso, quando as medidas apenas carreguem o propósito de facilitar a execução, mas não de substituí-la, é necessário admitir que a eficácia prevalente seria a condenatória.

Em complementação à percepção de Pontes de Miranda, pode-se considerar exemplo da mandamentalização proposta, também, a multa inserida no parágrafo 4º, do artigo 461, do Código de Processo Civil. Nesse caso, a medida imposta substituiria a execução ou a facilitaria? E a inclusão de ordem de pagamento, sob pena de desobediência, substituiria a execução ou apenas a facilitaria?

Parece que é necessário concluir pela primeira alternativa, isto é, a inclusão de ordem de pagamento, sob pena de caracterização do delito de desobediência à ordem judicial, constitui medida tendente à *substituição* da execução e não simplesmente a garantir a sua *facilitação*. A proposta que se apresenta, de fato, tem o escopo de afastar a necessidade da propositura da execução, a partir da coação imposta ao condenado, representada pela possibilidade de caracterização do delito de desobediência, tipificado no Código Penal, em caso de descumprimento da *ordem de pagamento*, inserida na sentença que condenar o réu.

Por isso, é possível afirmar que a inserção da ordem de pagamento, sob pena de caracterização do delito de desobediência, implicará efetivamente tornar mandamental a condenação. Mandamental será a *ordem* de pagamento e não a medida coercitiva que é o reconhecimento do delito de desobediência. E, partindo-se da novel tese de Ovídio Baptista da Silva, de que a classificação das ações, segundo a eficácia do provimento, se reduz a quatro, pela inclusão das atuais ações condenatórias entre as declaratórias, a partir da mandamentalização proposta, esses procedimentos condenatórios que agregarão a ordem haverão de incluir-se entre as sentenças mandamentais, permanecendo as quatro classes de ações apontadas.

⁶⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 262.

⁶⁶⁷ Id-Ibidem.

A mandamentalização que se propõe e que restaria aperfeiçoada pela inclusão de medida coercitiva, pela caracterização do delito de desobediência, inclusive com plena aplicação das conseqüências penais típicas, como a prisão, garantiria a autoridade da jurisdição, passando, inclusive, por mudanças na própria forma de consideração da ciência jurídica, pelo afastamento dos dogmas que privilegiam o individual em detrimento da própria atividade estatal. A pena de prisão, decorrência da desobediência da ordem judicial e não do inadimplemento, tem plena acolhida pelo ordenamento vigente.

Essa mandamentalização proposta privilegia a autoridade, o que não consegue realizar a inserção das *astreintes*, que tem orientação privatística, como a multa recém trazida ao ordenamento. Nesse sentido, é de Cristina Rapisarda a conclusão de que o sistema francês constitui “un sistema di coazione all’adempimento che privilegia, giustamente, i valori di libertà rispetto a quelli di autorità”⁶⁶⁸. É por isso, pois, que não seria suficiente a inclusão das *astreintes* como medida coercitiva, sendo necessária a quebra do paradigma liberal, direcionando-se no rumo da garantia da autoridade das decisões judiciais.

5.3.3 Uma Proposta para a Mandamentalização da Condenação no Sistema Processual Brasileiro

Percebida a necessidade de valorização da atividade jurisdicional, que se efetiva mediante a mandamentalização da condenação e justificada a inserção da ordem de pagamento, sob pena de caracterização da desobediência, esse comando haverá de ser incluído nas disposições processuais.

O Código de Processo Civil trata das obrigações de fazer e não fazer no artigo 461, com redação determinada pela Lei 8.952, de 13.12.1994. Esse dispositivo prevê a concessão liminar da tutela, mas também agrega a possibilidade de imposição de multa diária ao réu, como forma de compelir o devedor a cumprir do preceito judicial. Disposições similares existem no artigo 461-A, acrescentado ao diploma processual pela Lei 10.444, de 07.05.2002, relativo às obrigações de entrega de coisa. Depois de dispor acerca de questões específicas, envolvendo a entrega de coisa, esse artigo remete para os parágrafos do artigo 461, onde se insere a previsão de multa, destinada a compelir o réu à satisfação da determinação judicial.

A partir da edição da Lei Federal 11.232, de 22.12.2005, foi inserida determinação que impõe o acréscimo de multa de dez por cento no caso em que o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias. A existência dessa previsão não conflita com a mandamentalização proposta, cuja ordem de pagamento seria objeto de inclusão em sentença, juntamente com o comando condenatório. Assim, a mandamentalização proposta deveria realizar-se a partir da inclusão, no capítulo do Código de Processo Civil, que trata da sentença, de dispositivo similar ao seguinte:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação pecuniária, de fazer ou não fazer e de entrega de coisa, ao conceder a tutela específica, o juiz ordenará o pagamento, fixando prazo para o adimplemento e estabelecendo, desde já, a cominação das penas previstas para o delito de desobediência, para a hipótese de descumprimento do provimento.⁶⁶⁹

A fixação de prazo para cumprimento da ordem encontra seus fundamentos ainda no Direito Romano que estabelecia o prazo de trinta dias para cumprimento das sentenças, como reconhece Wenger, quando afirma que “La Tabla III mencionava ya como requisito para la ejecución el transcurso de treinta días después del *iudicatum*. Este plazo era para que el deudor pudiera conseguir dinero”⁶⁷⁰.

Esse prazo destinava-se ao cumprimento voluntário e, somente depois de decorrido, poderia o credor iniciar o procedimento executivo. Porém, no mundo contemporâneo, em que o tempo é um fator que tem outra caracterização, retardar o início da execução poderia comprometer a efetividade do processo. A solução intermédia que se poderia apresentar seria a de permitir-se, mesmo sem a fluência do prazo, o início da execução. Assim, o prazo fixado pelo juiz seria aplicado apenas no tocante à verificação da incidência da pena prevista para o delito de desobediência.

A mandamentalização apresentada haveria, também, de alcançar as ações monitórias, trazidas ao ordenamento processual brasileiro através da Lei 9.079, de 14.07.1995. Tais ações,

⁶⁶⁸ RAPISARDA, op. cit., p. 244. “um sistema de coação ao adimplemento que privilegia, justamente, os valores da liberdade sobre aqueles da autoridade” (tradução livre do autor).

⁶⁶⁹ Essa disposição poderia ser inserida no Capítulo VIII, Título VIII, do Livro I, do CPC.

⁶⁷⁰ WENGER, op. cit., p. 221. “A Tábua III mencionava já como requisito para a execução o transcurso de trinta dias depois do iudicium. Este prazo era para que o devedor pudesse conseguir dinheiro” (tradução livre do autor).

fundadas no princípio da preclusão, que permitem a constituição do título judicial a partir do mandado liminar de pagamento não cumprido sem a interposição dos embargos, ou da rejeição destes, também poderiam ser alcançadas pela proposta formulada. Ao constituir definitivamente o título judicial, o juiz incluiria a ordem de pagamento, bem com a previsão da incidência da pena para o descumprimento.

Para Calamandrei, a ação monitória “es absolutamente asimilable, en el momento en que adquiere eficacia ejecutiva, a una sentencia de condena pronunciada en contumacia del demandado”⁶⁷¹, o que permite concluir que somente a ação de condenação poderia ser exercitada através da ação monitória. No mesmo sentido, Luiz Fux define o procedimento monitório como aquele “cujo protótipo no direito brasileiro recaía na ação cominatória e tem como característica a emissão do preceito liminar condenatório”⁶⁷². É plenamente justificável, pois, alcançar também à ação monitória a previsão de mandamentalização da condenação.

Por outro lado, haveriam de restar excluídas da mandamentalização as condenações contra a Fazenda Pública que registram situação peculiar, o que já foi percebido por Pontes de Miranda, quando afirma que “a ação condenatória pode ser desmunida de execução. É o que se passa, de regra, com as ações condenatórias contra a Fazenda Pública”⁶⁷³.

Ainda, a proposta de mandamentalização poderia inclusive realizar-se de ofício, independentemente do pedido do autor, produzindo a quebra da necessária identidade da natureza da ação e a respectiva sentença de procedência, porque numa ação em que o autor formulasse apenas o pedido condenatório, a sentença incluiria o comando mandamental, ordem de pagamento sob pena de caracterização do ilícito de desobediência. No entanto, tal aspecto não compromete a estruturação das ações do processo civil, ainda mais diante da crescente necessidade de publicização do processo.

⁶⁷¹ CALAMANDREI, Piero. **El Procedimiento Monitorio**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1946. p. 90. “é absolutamente comparável, no momento em que adquire eficácia executiva, a uma sentença de condenação pronunciada na revelia do demandado” (tradução livre do autor). Calamandrei também completa dizendo que “la característica del procedimiento monitorio consiste, en efecto, como ya sabemos, en que en el mismo, para llegar a la declaracion jurisdiccional de certeza, se utiliza, en lugar del sistema probatorio usado en el proceso ordinario, un sistema más expeditivo basado sobre la preclusión (p. 91). “a característica do procedimento monitório consiste, em efeito, como já sabemos, em que o mesmo, para chegar à declaração jurisdiccional de certeza, utiliza-se, em lugar do sistema probatório utilizado no processo ordinário, um sistema mais eficaz baseado na preclusão” (tradução livre do autor).

⁶⁷² FUX, op. cit., 1996, p. 37.

⁶⁷³ PONTES DE MIRANDA, op. cit., 1970, p. 13.

Essa necessidade de publicização do processo aperfeiçoa-se, indubitavelmente, na cada vez mais presente marca dos sistemas processuais contemporâneos, de operar na busca da realização das pretensões formuladas, inclusive no campo do direito obrigacional, através de variados meios, buscando o que Mandrioli denomina “realizzare nel rapporto obbligatorio l’identificazione tra la prestazione e la responsabilità”⁶⁷⁴. E, nesse talante, aceitar a mandamentalização da sentença que condena também representa afirmar tal identidade.

A propósito, a mandamentalização proposta também exigirá uma postura que se oriente na superação dos paradigmas processuais vigentes, sob pena de comprometimento da efetividade do processo. Nessa ordem, vale citar Warat, que assegura:

Para fazer funcionar uma sociedade democraticamente precisamos alterar as dimensões simbólicas e o imaginário que consagra o Estado como uma instância da censura, do segredo e do silêncio. Essa tarefa exigirá a produção de um saber crítico que permita, por um lado, o enterro dos efeitos de submissão (à língua legítima) e, por outro lado nos faça aprender graças a esse enterro.⁶⁷⁵

Construir um Estado Democrático é papel do Direito e o discurso jurídico – despido dos mitos da dogmática e do enclausuramento de sua operância e produção – constitui-se em ferramenta legítima de transformação. No caso da condenação – e mesmo reconhecendo o papel que historicamente desempenhou – é necessário perceber que o mundo contemporâneo reclama uma nova compreensão do instituto, capaz de resolver as demandas sociais. A propósito, Ovídio Baptista da Silva afirma que

Seria impossível certamente negar a importância que essa entidade mitológica conhecida como *sentença condenatória* teve para o mundo liberal e individualista, dos séculos passados, como seria igualmente incorreto supor que toda a dimensão imperativa da jurisdição pretoriana, sem dúvida a mais nobre função do *praetor* romano, pudesse conviver em harmonia com a exaltação do liberalismo individualista do século XIX. Contudo, é necessário que nos capacitemos de que o pêndulo da História, nos albores do novo milênio, inclina-se, decididamente, para outros horizontes, apontando e valorizando não mais a exaltação individual, mas os valores da solidariedade social.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ MANDRIOLI, op. cit., 1953, p. 107. “realizar na relação obrigacional a identificação entre a prestação e a responsabilidade” (tradução livre do autor).

⁶⁷⁵ WARAT, op. cit., 1996, p. 63.

⁶⁷⁶ BAPTISTA DA SILVA, op. cit., 1997, p. 201

Partindo da vanguardeira perspectiva do jurista, é preciso reconsiderar o papel da concepção da ação no processo contemporâneo, a partir da investigação das suas origens, adotando postura dialético-questionadora, informada pela nova hermenêutica, que permita a superação da dogmática que sustenta tais institutos. É necessário, também, trazer alternativas que permitam exaltar os valores da solidariedade, a partir da preservação da tutela jurisdicional, para o que a mandamentalização da condenação representa um excelente instrumento.

Essa nova concepção permite compreender que é a atividade executiva que realiza a pretensão condenatória, não a condenação em si mesma. Daí não se justifica a manutenção da atual estruturação do sistema das ações do processo civil. E é a partir da aceitação de um novo paradigma nessa estruturação das ações que se pode trilhar o caminho da elaboração de um processo que não permaneça distante do contexto social em que atua, nem mesmo afirme-se em si mesmo, dissociado do direito que pretende tutelar, pena de perder-se numa triste e melancólica redução à condição de servo das ideologias.

6 CONCLUSÕES

Perceber a ação condenatória a partir da análise do método da ciência processual e das origens romanas da condenação. Um objetivo que se justifica a partir da constatação de que o sistema processual contemporâneo mantém firmes elos com o Direito Romano, utilizando-se dos princípios científicos herdados das ciências exatas que se perpetuam ao longo da história da humanidade.

A evolução científica realiza-se a partir do conhecimento existente, mas não num simples acréscimo. A evolução da ciência é também o produto da evolução da própria história do homem, num conjunto de saberes e habilidades que, ora se somam, ora sobrepõem-se e, outras vezes, substituem-se, excluindo-se uns aos outros. A ciência não é, portanto, uma simples agregação de conhecimentos, mas um complexo e dinâmico arranjo que expressa, ao final, a contínua e incessante atividade intelectual humana. A cadeia do cognoscível é criação de muitos, de múltiplos espaços e tempos que, enfim, encontram-se no conhecimento.

As ciências do espírito são diferentes das ciências da natureza. São o produto da criatividade intelectual e o seu espaço é o espaço da compreensão. Não se estabelecem a partir da exatidão, mas residem no campo da incerteza. É o conhecimento do provável e do plausível. Essa natureza, que é própria das ciências do espírito, reclama um método que privilegie esse espaço, sob pena de tolherem-se as possibilidades de evolução.

É por isso que se justifica o debate acerca do método das ciências do espírito, que não pode estar atrelado àqueles empregados nas ciências da natureza. Método e *episteme* são indissociáveis, dependentes e inter-relacionados. A inexatidão das ciências do espírito que, afinal, faz a sua característica, impede a definição exata de um método. É por isso que é

possível concluir pela inexistência de um método peculiar para esse campo do conhecimento científico.

O espaço das ciências do espírito é o espaço da compreensão. A ciência processual que deve residir no pulsar social também deve estabelecer-se a partir dessa compreensão que precisa encontrar seu espaço, embora seu evidente caráter legalista e procedimentalista. Apenas a partir da valorização da compreensão é que a ciência processual poderá escapar da tendência à universalização e ao dogmatismo que historicamente a tem acompanhado.

É necessário, assim, reconhecer que o direito não é lógico e que a pretensão de conformá-lo numa ordenação em que se valorize a dicotomia verdadeiro ou falso constitui um equívoco que termina por conferir rigidez a esse campo da ciência. É indispensável perceber que a ciência processual deve abrir momentos para a intuição, para o razoável e para o provável. A verdade, na ciência processual, decorre de uma atuação valorativa que não permite a utilização dos critérios de validação e refutação que são adotados pelas ciências naturais. Negar essa natureza implica tolher a evolução da ciência processual e, mais, representa impedir que esse ramo científico alcance os seus propósitos.

A compreensão, assim, tem papel decisivo na produção do conhecimento processual. E compreender representa uma exposição do agente que interage com o texto, num influxo hermenêutico que não pode ser desconsiderado. É necessário, ainda, aceitar que o direito desenvolve-se a partir de uma dimensão especulativa, em relação ao modo de compreender, onde a contemplação, esquecida no mundo contemporâneo, cumpre a tarefa de trazer o alcance da verdade. Não se pretende, com tal afirmação, afastar a dimensão prática da ciência processual que deve, também, ser objeto da consideração metodológica dessa ciência.

Reduzir o Direito Processual a uma dimensão puramente contemplativa retira-lhe a própria essência, já que se trata de uma ciência da ação, que nem mesmo é sem a feição prática. Por outro lado, pensar a ciência processual numa feição apenas prática significa reduzi-la a uma condição meramente procedimentalista, incapaz de atender às necessidades sociais. É, então, da combinação dessas duas dimensões que se pode alcançar a verdade na ciência processual.

Compreender e interpretar são atividades complementares, sendo a interpretação a expressão da compreensão. Quando interpreta, o jurista garante a vivacidade do direito, conformando a atividade contemplativa à prática. O processo interpretativo depende de uma conexão sistemática, porque a compreensão e interpretação de um instituto não podem ser realizadas de forma isolada, mas dependem do todo, considerando-se inclusive sua finalidade e a dimensão histórica em que inseridos.

A interpretação histórica remete para a importância da tradição que, sendo conservação, também é um ato da razão humana que depende de um conjunto de vozes que o jurista precisa considerar enquanto está, ele mesmo, inserido nesse processo. A tradição, assim, tem um caráter reflexivo, o que exige do intérprete uma atitude capaz de perceber sua própria condição, sem limitar-se unicamente a uma leitura do passado ou à insuficiente consideração dos fatores culturais, sociais e políticos de determinado momento histórico, que influenciaram na construção de determinado instituto. A interpretação histórica deve aceitar que, pela tradição, o próprio intérprete é historicizado, é ser que realiza uma experiência histórica.

Embora essa característica das ciências do espírito, dependentes que são do processo de compreensão e interpretação, é interessante observar a influência provocada pelas ciências exatas que impuseram o seu método e a sua forma de operação. A utilização de um paradigma científico, normal nas ciências exatas, produz um indesejável resultado naquelas sociais, porque conforma o desenvolvimento científico a uma concepção estatuída, limitando rigidamente um campo de estudos, o que evidentemente se revela impróprio para as ciências do espírito. No entanto, ao longo da história, registrou-se um fenômeno peculiar em relação a tal aspecto que foi a incorporação do paradigma racionalista pelo direito e também pela ciência processual.

O paradigma racionalista também decorreu da necessidade que o mundo moderno teve de trazer novos critérios de afirmação científica. O deslocamento do teocentrismo para o antropocentrismo exigiu novos sustentadores do pensamento científico e da verdade. Dentre eles, a idéia do racionalismo e da validade universal. Tanto o direito como a ciência processual já registravam um compromisso com um certo rigor lógico, herdado do Direito Romano. Porém, a partir da afirmação do Direito Natural, criou-se um momento oportuno para a absorção dos métodos das ciências da natureza que, pelo seu caráter lógico e exato,

revelaram-se capazes de sustentar a necessidade de afirmação do racional, como argumento de construção do pensamento científico moderno.

O anseio pela validade universal do Direito que decorreu da necessidade de afirmação do Direito Natural produziu a descontextualização dessa ciência, que absorveu os métodos das ciências exatas, passando a cultivar o pensamento lógico e racional. Quanto maior a exatidão alcançada pela ciência, tanto maior seria sua capacidade de universalização e maior a afirmação desse novo modo de compreender o homem, agora agente de sua própria história.

A incorporação do paradigma racionalista pela ciência processual implicou o afastamento dos planos da razoabilidade e plausibilidade que perderam seu espaço diante da necessidade de afirmarem-se, lógica e exatamente, as premissas e as soluções dessa ciência. Aniquilou-se a atividade interpretativa numa crescente valorização da ação procedimental em detrimento da contemplação. O resultado foi a redução matemática da atividade processual, a partir de uma rigorosa vinculação do juiz à lei.

Certeza jurídica tornou-se um valor supremo. Nem a incerteza subjetiva do julgador que afirma a certeza objetiva na sentença conseguiu frear essa busca incessante pelo certo e pelo exato: desenvolveram-se mecanismos justificadores da retirada da autonomia do julgador e, mais do que isso, consolidou-se o domínio da segurança sobre os ideais de justiça. A codificação operada no século XIX é exemplo da valorização da lei e da sistematização que se conferiu ao Direito.

Esse momento histórico representou, para a ciência processual, a perda da tradição, o que poderia ter conduzido, positivamente, a uma oportunidade para a compreensão hermenêutica do Direito Processual. Porém, essa perda veio compensada pela absorção do rigor lógico, o que tornou essa ciência cada vez mais procedimentalista e comprometida com a busca da certeza. A abstração da ciência processual foi a consequência imediata, na medida em que representou a forma capaz de assegurar a validade procedimental: o mundo *impuro* dos fatos, heterogêneo por natureza, não se aduna com o rigor lógico e não é o espaço da certeza. A abstração processual e a criação dos institutos processuais foram uma forma de garantir a sobrevivência da exatidão científica no Direito Processual.

O pensamento jurídico da humanidade, sistematizado pela primeira vez no Direito Romano, chegou ao mundo contemporâneo atravessando o Racionalismo, travessia que deixou suas marcas na ciência do Direito. A já existente tendência de conformação lógica, característica do Direito Romano, acabou potencializada pela influência do pensamento racional. Então, a compreensão dos institutos herdados não se fez em sua plenitude, e o tributo devotado ao método foi o responsável pela sustentação de alguns institutos, sem a consideração da realidade histórica que informou seu surgimento ou, ainda, sem a não menos importante percepção do momento contemporâneo, que reclama uma concretização moderna desses institutos.

Na ciência processual não foi diferente, pois ainda hoje se enfrenta com um dos grandes mitos dessa herança que é aquele da feição unicamente declarativa da jurisdição. Porque em seus primórdios a atuação jurisdicional do Estado Romano não tinha o propósito precípua de alcançar a justiça, mas de evitar a luta privada; o sistema processual contemporâneo incorporou esse paradigma que também produziu a separação das atividades cognitiva e executiva. Essa concepção atendeu, também, à ideologia mercantilista, na medida em que o juiz que apenas declara e não executa perde autonomia, perdendo significativa parcela do poder criativo judicante. Acresça-se a esse elemento, então, o paradigma da certeza e tem-se a figura do julgador duplamente presa: de um lado, limitado a declarar e, de outro, a buscar e descobrir a *vontade* do legislador o que conduz, em última análise, à submissão da jurisdição à lei, atendendo aos pressupostos da teoria da divisão dos poderes.

A concepção romana da jurisdição era marcada essencialmente pela divisão das funções *iurisdictio* e *imperium*, exercitadas respectivamente pelo juiz privado e pelo pretor. Essa separação manteve-se nos dois primeiros períodos do processo romano, das *legis actiones* e no período *per formulas*, deixando de existir no terceiro período, da *extraordinaria cognitio*. Todavia, o processo contemporâneo foi informado especialmente pelo período formulário, o que justifica a dicotomia das funções.

O primeiro período, das *legis actiones*, caracteriza-se pelo extremado rigor, restringindo-se a atividade jurisdicional à aplicação das ações da lei, limitadas a cinco. Desse período, também, a *actio per manus iniunctionem* procedimento executivo que permitia alcançar a pessoa do devedor, no caso de inadimplemento. Assim, uma das características desse período é exatamente a força executiva que se poderia conferir à *actio*. No entanto, o

culto à forma, típica característica desse período, conduziu a sua substituição pelas fórmulas que permitiam maior liberdade à atividade jurisdicional.

Foi no período formulário que a *actio* perdeu toda a sua força executiva, mas isso ocorreu enquanto se manteve uma das características do primeiro período que era a *litis contestatio*, momento de delimitação e estabilização da lide. Nesse segundo momento do processo romano, o processo era inaugurado pela fórmula do pretor, de nítida inspiração na *litis contestatio*. A função pretoriana, aqui, era de ordenar a maneira pela qual tramitaria a ação, realizando uma cognição sumária e remetendo para o juiz privado a apreciação definitiva dos fatos.

A partir dessas ordens, ou fórmulas, poderia iniciar-se a *condemnatio*, procedimento que sempre implicava uma condenação pecuniária, totalmente desprovido de força executiva. A propósito, a *condemnatio* não impunha nada ao devedor, limitando-se a recomendar uma conduta, a partir do reconhecimento do descumprimento da obrigação. Acaso o devedor não cumprisse voluntariamente a obrigação produto da *condemnatio*, restava ao credor a *actio iudicati* que deveria repetir-se até o momento em que o devedor deixasse de resistir. A *condemnatio*, assim, não produzia qualquer efeito sobre a obrigação. Situação diversa, porém, ocorria na *actio iudicati*, cujo resultado poderia representar até mesmo a dobra do valor da obrigação inadimplida e conduzia, enfim, ao início da execução.

O necessário resultado pecuniário da condenação é um elemento importante do período formulário, porque tal característica conduziu ao desenvolvimento de uma atividade paralela que ficou ao encargo do magistrado e expressava-se especialmente através dos interditos que eram ordens emanadas desse pretor. Desse período, também, é a consolidação da diferenciação entre *actio* e *vindicatio*, destinando-se a primeira às ações pessoais. A *vindicatio* prestava-se a resolver as pretensões relativas aos direitos reais. Assim, a *obligatio* romana era objeto da *condemnatio* para, depois, constituir-se em fundamento da *actio iudicati*. Esse procedimento privado, contudo, era precedido da análise do pretor que se realizava na concessão da fórmula.

A função do pretor romano não era, todavia, restrita a conceder as fórmulas. Inicialmente o pretor tinha funções militares, conduzindo os exércitos, o que se transmudou para uma função jurisdicional e também de repressão penal. Essa função jurisdicional –

embora o dissenso que exista entre os romanistas acerca da verdadeira natureza desse mister – iniciava-se pela promulgação do edito que representava ato de vontade do pretor, no início do seu mandato, através do qual afirmava publicamente seu modo de interpretação da legislação, suprimindo eventuais lacunas da lei.

Além disso, era do pretor a condução das execuções provenientes da *actio iudicati* e, também, era da responsabilidade desse magistrado a concessão dos interditos, expressão da mandamentalidade no processo romano: ao conceder o interdito, o pretor expedia uma ordem para que o demandado adotasse ou se abstinisse de adotar determinada conduta, valendo-se de medidas coercitivas para garantir o cumprimento dessa ordem. O cumprimento dessa ordem ficava ao encargo das próprias partes, o que também contribuiu para a consolidação do entendimento de que o procedimento interdital não revestisse caráter jurisdicional.

Porém, embora sumária sua cognição, os interditos representavam importante instrumento na realização das pretensões. Todavia, não eram considerados uma expressão da própria função jurisdicional, a partir da perspectiva de que provinham de atos de vontade do pretor, e não de atos de inteligência, sendo o produto da razoabilidade e da plausibilidade. Essa compreensão acabou reforçando a idéia de que a jurisdição era apenas declarativa, deixando a função de império excluída desse conceito jurisdicional.

Com o fim do procedimento formulário, as funções de *iurisdictio* e *imperium* restaram unificadas, o que não foi capaz de esmaecer a separação entre as funções de declaração e de execução, exatamente porque a recepção do Direito Romano recuperou os institutos do período formulário. Essa recepção que não alcançou apenas os institutos, mas também o método e a organização sistemática, deu-se então sob o ideal científico da racionalidade que tornou mais acentuada a divisão entre cognição e execução.

A partir da recepção, o Direito Romano passa a coexistir com o Direito Canônico que regulava as questões da fé perante a Igreja Católica. Essa coexistência também reforçou a racionalidade já ínsita no Direito Romano, interessando à Igreja de Roma a afirmação de um direito sustentado na racionalidade para as questões laicas, o que fortalecia o Direito Canônico para a regulação da vida espiritual. A racionalidade do Direito Romano representou uma proteção à própria Igreja Católica que temia ter de subordinar-se aos direitos locais ou

bárbaros, mas apostava na harmoniosa convivência entre o Direito Romano e o Direito Canônico.

Pela tradição, o Direito Romano chegou ao mundo contemporâneo com a potencialização de sua já existente característica lógica e sistemática, trazendo aos juristas da modernidade a idéia dualista de funções claramente definidas, de conceitos rígidos e institutos bem conformados. A ideologia mercantilista, neste ponto, encarregou-se de esmaecer a função executiva e exaltar a declaratória, dissociando as duas atividades ao ponto de firmarem-se posições em torno da exclusiva declaratividade da função jurisdicional.

Uma das marcantes características do Direito Romano é a intimidade entre o Direito Material e o Direito Processual. Roma não conhecia, pois, a autonomia do Direito Processual, tal como compreendida na modernidade. Advém daí que a jurisdição romana tinha uma feição privatística, natural conseqüência dessa proximidade entre direito material e processual. A autonomia que a história conferiu ao Direito Processual conduziu a uma publicização da jurisdição, atualmente compreendida a partir do interesse que o Estado tem na relação processual que, ao final, constitui a sustentação do próprio ordenamento.

Embora essa feição publicista que conforma a jurisdição no sistema processual contemporâneo, ainda mantém características da primitiva orientação privada. É o caso, por exemplo, a dependência da iniciativa da parte, para a provocação e atuação da tutela jurisdicional. Essa natureza privada que atende à proposição do mercantilismo econômico permitiu a redução da atividade do juiz, tolhendo-lhe a capacidade de criação do direito e, ainda, afasta a natureza executiva da atividade que passa a ser compreendida unicamente com um propósito declarativo.

O Direito Romano valorizava a atividade volitiva do juiz, expressa nos juízos de plausibilidade contidos nas emanções do pretor. Diversamente, no sistema processual contemporâneo, valoriza-se o elemento lógico, o que resta perfeitamente adequado à concepção declaratória que se faz da jurisdição e, também, ao enfraquecimento do poder do juiz. Essa inversão é produto do Racionalismo, atendendo plenamente às cartesianas exigências de certeza e segurança jurídica. O procedimentalismo da ciência jurídica também contribui no mesmo sentido, na medida em que um direito processual mais procedimental reforça os propósitos da abstração, favorecendo a justificação autônoma do processo.

A compreensão da concepção de jurisdição implica perceber que a atividade não se sustenta enquanto produto meramente teórico. Deve compreender a natureza da atividade jurisdicional, também, o alcance prático de comandos que devem ser obedecidos. Admitir essa dimensão implica concluir que a atividade jurisdicional deve fazer-se respeitar, o que conduz a uma ampliação dos poderes do julgador. É, nesse ponto, uma quebra dos propósitos trazidos pela ideologia mercantilista.

Um dos efeitos perversos que se produziu no sistema processual, a partir da concepção de que a jurisdição é apenas declarativa, foi exatamente a conformação dos institutos processuais a essa dicotomia e o conseqüente enfraquecimento das ações de eficácia executiva, o que também foi possível a partir da estruturação das ações do sistema processual contemporâneo.

Partindo do fundamento de que no Direito Romano, o direito de ação correspondia à existência de um direito no plano material, o que se justificou a partir da análise do primeiro período do processo romano, das *legis actiones*, os processualistas permitiram-se construir uma passagem do plano material para o plano processual, sustentando inicialmente que a ação processual deveria corresponder a uma ação de direito material.

A evolução das teorias da ação conduziu à superação desse entendimento e, a partir da concepção abstrata do direito de ação, percebe-se que a ação processual poderá existir mesmo sem a correspondente no plano material. Desse ponto, a distinção entre pretensão, entendida como *poder exigir* e o conceito de ação processual, compreendida como a imposição da própria vontade em via judiciária, capaz de submeter o adverso à realização da pretensão, independentemente do seu caráter volitivo.

Postas as questões terminológicas à parte, o que importa mesmo, no plano prático, é perceber que para que a ação processual realize a pretensão do autor *deve* corresponder a uma ação no plano material. É o que garante a efetividade processual ou seja, é do que depende o cumprimento dessa importante função do processo. É possível dizer, também, que é desejável a correspondência entre ação processual e ação material e que a abstração processual encontra, nesse ponto, o seu limite.

A tendência de restrição da atividade jurisdicional à função declarativa contribui para a abstração processual, favorecendo a sua sustentação e justificação. Por outro lado, a aceitação de uma jurisdição que também *realize* e não apenas *diga* conduz à aproximação dos dois planos ou, pelo menos, evita a criação de distorções que o plano processual possa produzir, quando distante da órbita material.

Embora tal constatação, o que se percebe é que o direito processual trilhou o caminho inverso: a maioria dos processualistas, por exemplo, ainda sustenta a classificação tripartite das ações, o que também se justifica pela tendência de considerar a jurisdição apenas em sua dimensão declarativa. Negar o reconhecimento das ações mandamentais e executivas, reduzindo o espectro da eficácia das ações, significa, afinal, aviltar a própria atividade jurisdicional. Além disso, produz a dissociação entre a ação e o seu efetivo resultado, conduzindo à possibilidade de sustentação dos institutos processuais, independentemente dos seus efeitos no plano material. Enfim, permite ultrapassar o limite da abstração processual que se dá a partir da quebra do contato entre os dois planos, ou a partir de quando o resultado no plano material não mais importe ao processo.

Esse efeito pode ser percebido em relação à ação condenatória que não encontra correspondente no plano material: não há, nesse plano, nenhuma ação que corresponda ao resultado produzido pela ação condenatória. Existe a pretensão, mas não a ação, na medida em que o autor pode exigir em relação ao réu, mas o resultado da ação não implica sujeição desse réu. E, no plano material, o direito das obrigações não consagra nenhum resultado equivalente àquele produzido pela condenação.

E, assim, essa criação do direito processual, a ação condenatória, é mantida no ordenamento, mesmo sem produzir um resultado equivalente no plano material. Não se pode inferir, contudo, que seu advento decorra de uma liberalidade dos processualistas. A condenação existe e se justifica em face do direito obrigacional, estando atrelada à concepção da sanção, ligada à idéia de responsabilidade. De fato, as diversas teorias que procuraram justificar a condenação transitam entre a imposição da sanção e a sujeição do devedor a um novo poder, agora conferido ao credor, de submetê-lo à execução.

Em geral, a tradicional concepção da condenação reconhece nela a presença de dois elementos: o declaratório, que produz a certeza antes da atuação de império – um voto ao

paradigma racionalista – e uma injunção, uma ordem ao juízo da execução, o que permitiria a abertura dessa via. Embora as diversas opiniões nesse sentido, é difícil sustentar a existência de uma injunção na condenação, tal como apresentada no sistema processual contemporâneo.

Que espécie de injunção é essa que depende da *vontade* do autor, agora reconhecido credor, em iniciar o processo de execução? Na melhor das hipóteses, pode-se cogitar de uma simples autorização, não de uma injunção. Injungir é mais, é obrigar e impor. A condenação não impõe coisa alguma a ninguém, nem ao juízo da execução que se iniciará, que depende mesmo é da vontade do credor, em iniciar a execução. Não é possível dizer, então, que há injunção na condenação, quando se exige a atuação do credor para sua realização.

Igualmente, não encontra justificada sustentação o argumento de que a condenação transformaria a sanção abstrata em concreta e eficiente, que foi amplamente defendido por Liebman. Esse argumento não consegue, por exemplo, distinguir condenação de uma simples declaração. A concretude da sanção é, apenas, a possibilidade de inaugurar a execução, porque a *imposição* contida na condenação não tem efeito algum, já que o devedor pode ou não cumprir o comando condenatório.

Assim, a compreensão da condenação haverá de restar contida em seu primeiro elemento, ou seja, aquele declaratório, que é o único que subsiste. Não há justificativa, então, para distinguir a condenação da declaração. A única diferença efetiva, de fato, é o verbo *condeno* que os dicionários definem como uma declaração de incidência numa pena. Triste é perceber que nem isso a condenação moderna faz, em sua atual conformação. E embora já no Direito Romano houvesse a distinção entre a *condemnatio* e as *praejudicia*, o que demonstra que se fazia uma distinção entre condenação e declaração, não há como sustentar, no processo contemporâneo, uma efetiva e justificada diferença entre essas duas classes de ações.

Condenar e declarar são atividades jurisdicionais similares e os argumentos utilizados pelos processualistas que buscam distingui-las não encontram fundamentos válidos, quando se faz a transposição para o plano material. Tanto a declaração quanto a condenação não fazem nada além de produzir a certeza acerca da relação jurídica ou, no último caso, do descumprimento da obrigação e do reconhecimento do dever de cumprimento do preceito material.

O efeito concreto dessa distinção que o processo faz não tem maior expressão em relação à ação condenatória, mas tem especialmente no tocante às pretensões que foram objeto das ações declaratórias, a cujas sentenças recusa-se o caráter de título executivo. Esse é, afinal, um dos grandes paradoxos do sistema processual contemporâneo: o Estado recusa a execução da sentença declaratória, não aceitando sustentar a expropriação no produto de sua própria atividade. No entanto, aceita-se a execução dos diversos títulos extrajudiciais, cuja expressão foi ampliada pela evolução das relações jurídicas, mas que são o produto da atividade dos particulares.

Então, o paradoxo da atuação estatal está exatamente nesse ponto, quando o Estado valoriza mais o produto das atividades dos indivíduos, desprestigiando aquele que representa sua atividade jurisdicional. É o próprio órgão jurisdicional que, afinal, atua num sentido que implica desrespeito à sentença judicial declaratória, reduzida a valor inferior aquele dos títulos executivos extrajudiciais. Nada impede, contudo, a aceitação da execução da sentença *meramente* declaratória.

A distinção que o sistema processual faz também reforça um de seus paradigmas, a exigência do título para o início da execução, homenagem que se presta ao pensamento racionalista, valorizando-se a certeza como requisito para realização da pretensão material do credor. A redução da execução ao título contribui para a exaltação dos juízos de certeza, retirando qualquer possibilidade de sustentação da atividade jurisdicional na probabilidade e na razoabilidade.

Tal constatação tem sua expressão máxima no tocante às obrigações pecuniárias, porque, em relação às obrigações de fazer e não fazer ou de entrega de coisa, os ordenamentos já começam a admitir a possibilidade de iniciar-se uma atuação executiva, independentemente do alcance da certeza, mas fundado na plausibilidade. É o caso do ordenamento brasileiro que, embora exigindo o título executivo para o início das execuções de tais obrigações, consagra dispositivo que permite um juízo de plausibilidade na fase de conhecimento que se representa pela previsão do artigo 461, do Código de Processo Civil.

Essa diferença que se produziu entre as formas de execução tem sua origem nos fundamentos do direito obrigacional que compreende a obrigação como o liame que vincula o credor ao devedor e, mais, pela dissociação que se realizou entre os conceitos de dívida e

responsabilidade, responsável pela redução das obrigações a uma forma de solução unicamente patrimonial, desvinculando-se a obrigação pessoal do devedor. Inicialmente, a fonte obrigacional era apenas o delito, o que justificava a responsabilidade pessoal, posteriormente reduzida até sua quase exclusão dos ordenamentos.

É verdade que a sanção pessoal foi abrandada, ao longo da história, também pela decisiva influência do pensamento cristão que mitigou as duras penas impostas ao devedor. Também pela influência do mercantilismo, que conferiu uma feição totalmente privatista ao processo, alcançou-se o pólo inverso a ponto de repelir qualquer constrição pessoal do devedor e, mais, de justificar a resistência do sistema processual em aceitar essa responsabilidade que, enfim, representa a não aceitação de que se está diante de um *dever* do devedor.

As medidas coercitivas aparecem, aqui, como uma garantia da realização dos provimentos judiciais, como uma garantia da autoridade judiciária. Não devem ser entendidas unicamente a partir de uma ótica privatística mas, especialmente, a partir do interesse que o ordenamento tem em garantir o respeito às decisões judiciais que, ao final, representa fortalecimento da ordem jurídica.

O sistema do *Common Law* consagra um importante instrumento de preservação da autoridade das decisões judiciais, o *contempt of court*, aplicado a partir da inobservância dos preceitos contidos nas *injunction* e que repele o ato que é entendido como desprezo pela decisão judicial. O instituto valoriza a decisão judicial, penalizando o demandado que descumpre a ordem do juízo. A penalização não está fundada no descumprimento da obrigação, mas no desprezo pela decisão judicial.

E, embora as controvérsias que se põem a respeito, existem justificados entendimentos que admitem a aplicação do *contempt* que pode até representar a prisão do devedor, inclusive nos casos de descumprimento de obrigações pecuniárias e mesmo diante das previsões constitucionais que impedem a prisão por dívidas. O principal argumento a favor da aplicação dessa pena, nesses casos, está no fato de que a prisão justifica-se não em face do inadimplemento da obrigação, mas no desprezo pela *ordem* de pagamento que, enfim, é o desprezo pelo próprio tribunal. É por isso que a aceitação de comando similar representa a valorização da atividade jurisdicional.

Um instituto que se assemelha ao *contempt of court* é aquele adotado pelo ordenamento germânico que também é orientado no sentido da preservação da autoridade judicial. No entanto, nesse sistema, a precisão da legislação que tem um caráter exauriente ao dispor acerca dessa medida coercitiva retira toda a atividade discricionária do julgador, o que confere pouca elasticidade às medidas e, via de regra, pode implicar na sua incapacidade de produzir o desejado efeito.

As *astreintes* francesas também têm um caráter de medida coercitiva porque representam uma pressão sobre a vontade do devedor para compeli-lo a proceder no adimplemento da obrigação. A distinção que se faz entre esse sistema francês e aquele do *Common Law* está exatamente no aspecto que as *astreintes* partem de uma ótica individual, que valoriza a patrimonialidade e os valores liberais, enquanto que o *contempt of court* objetiva a preservação da própria tutela jurisdicional, impondo seu respeito em face dos indivíduos.

A partir da compreensão do método da ciência processual e da influência agregada pelo jusracionalismo, da estrutura das ações do sistema processual contemporâneo e da constatação de que a ação condenatória não encontra a correspondente ação no plano material, o que a reduz a um procedimento prévio da execução, justifica-se uma nova compreensão do instituto que permita a superação do paradigma cartesiano que informa o sistema processual e, também, a formulação de proposições capazes de valorizar a atividade jurisdicional. Essa compreensão do sistema processual e dos seus institutos implica o trânsito pela Filosofia e pela aceitação da hermenêutica, como possibilidade de rompimento do paradigma da exatidão e estabelecimento de mecanismos hábeis a garantir a prestação da tutela.

A adoção de um critério hermenêutico prévio pode permitir uma reflexão crítica sobre a dogmática metodológica que impede a compreensão do instituto da condenação no sistema processual e que o mantém na condição de requisito da futura execução. Pode auxiliar na quebra da dicotomia entre atividade declaratória e executiva e entre declaração e condenação. É necessária, nesse ponto, a superação da hermenêutica tradicional, aceitando a dimensão ontológica do processo da compreensão e substituindo a relação sujeito e objeto, para torná-la viva e atuante entre sujeito e sujeito.

Isso implica conferir um novo papel à linguagem na ciência processual, aceitando que o Direito é o lugar da incerteza e da razoabilidade. É o que resta plenamente justificado a partir da evolução da filosofia da linguagem e do reconhecimento da inexistência de neutralidade na linguagem, o que permite afirmar o primado do sujeito sobre o conhecimento.

A hermenêutica questiona os institutos jurídicos, orientando a perspectiva da compreensão. E a liberdade que confere àquele que compreende não permite o estabelecimento de fórmulas corretas e perfeitamente delineadas. A hermenêutica traz linhas de orientação, modos de perspectivar e compreender os mesmos institutos, numa dimensão espaço-temporal, auxiliando na superação do cartesianismo dogmático.

Escapar de uma visão dogmática acerca dos institutos processuais significa a aceitação de novos arranjos que permitam, por exemplo, estabelecer uma nova orientação para a tutela jurisdicional das pretensões relativas ao direito obrigacional, valorizando a atividade judicante e aceitando a razoabilidade que deve informar a ciência processual, o que representa o repúdio à exatidão cartesiana.

Para consecução dessa proposição, faz-se necessário compreender a dimensão prática do direito processual, aceitando os instrumentos que permitem a superação do lógico no direito processual. A tópica, como construção axiomática a partir da aceitação dos conceitos prévios, contribui nesse sentido, sendo um valioso instrumento para o processo. Na mesma linha, a razoabilidade e plausibilidade que podem ser reconhecidas e instrumentadas a partir da retórica e da argumentação garantem a necessária vinculação da Filosofia com a dimensão prática da ciência processual.

A mesma orientação permite a percepção do componente ideológico, que também permeia o processo, o que serve para romper a resistência à evolução dos institutos processuais. Não que se possa escapar da ideologia, componente indissociável também do processo contemporâneo, mas que se possa percebê-la e, a partir daí, conduzir a ciência processual no rumo de superar o dogmatismo ideológico.

Nesse mundo contemporâneo, em que o individualismo suplanta o sentido social, em que se quebra a organização temporal e espacial, produzindo a fragmentação dos institutos sociais e se perde o sentido da tradição, os institutos processuais podem servir à recuperação

da idéia de comunidade e de restabelecimento do sentido do dever entre os indivíduos. Esse desiderato também pode ser alcançado pela valorização da tutela jurisdicional, ao invés da exaltação da lógica liberal individualista que ainda informa o processo contemporâneo.

É por isso que não se justifica que o Estado submeta-se à vontade individual da parte, depois de proferida a condenação, situação que se mantém a partir da atual conformação da ação condenatória que sustenta uma injustificada recuperação da *condemnatio* romana. No direito romano, quando proferida a *condemnatio*, o devedor não poderia propor logo a execução, porque a *condemnatio* romana não lhe alcançava a via executiva. É por isso que os romanistas são firmes no sentido de afirmar que, a partir da condenação romana, o juiz não impunha nada ao demandado, limitando-se a reprovar o comportamento do réu. Então, uma vez proferida a *condemnatio*, se o devedor não obedecia, deixando de cumprir a obrigação, ao credor restava a propositura de uma nova ação, a *actio iudicati*, que apenas conduzia diretamente à execução se o devedor não a contestasse. Ocorrendo a contestação, decorria uma nova condenação e, sucessivamente, uma nova *actio iudicati*.

Quando o devedor resistia, contestando a *actio iudicati*, a decorrente condenação também poderia elevar até ao dobro o valor da condenação, sempre pecuniária naquele sistema processual. Porém, o início da execução somente se dava a partir da *actio iudicati* e não da *condemnatio*. Era então a *actio iudicati* que permitia o início do processo de execução. No entanto, pela falsificação que se produziu a partir da generalização do conceito de *obligatio*, o sistema processual contemporâneo absorveu unicamente o procedimento da *condemnatio*, assumindo-a como suficiente à realização das pretensões formuladas.

No processo romano, a *condemnatio* era atividade do juiz privado, o que poderia explicar a sua incapacidade de produzir o título executivo que pudesse inaugurar a execução. Além dessa natureza, o direito romano resistia na agressão pessoal ou patrimonial, sem conferir ao devedor a oportunidade de apresentar prévia defesa.

A condenação não resolve a pretensão do autor, constituindo uma fase quase inócua do processo, à qual a doutrina acaba por reconhecer unicamente o mérito de preparar a execução ou constituir o título executivo, ainda que o faça, por vezes, sob o argumento de que à condenação cabe unicamente papel de aplicar a sanção.

Pela incorporação do método das ciências exatas, a condenação restou reduzida, no processo contemporâneo, à condição de garantidora da certeza jurídica. A adesão às formas e ao rigor procedimental tem suas bases ainda no primitivo período do processo romano, no período em que a atividade jurisdicional era representada pelas *legis actiones* que limitavam o poder discricionário, em face das ações prescritas na lei.

Além de não se prestar a atender a pretensão formulada, a condenação também desvaloriza a atividade jurisdicional, porque representa a atuação do órgão judiciário sem que dela resulte qualquer efeito para o condenado: o Estado, quando profere a condenação, resta novamente submetido à vontade do titular da pretensão, agora credor, cujo ato volitivo determinará o ingresso na fase de execução, para realização da pretensão.

Porém, enquanto o credor não exercer esse ato de vontade, toda a atividade jurisdicional terá sido inócua, porque a condenação não produz qualquer resultado na obrigação primitiva que permanece intacta, à exceção das despesas do processo e da incidência da multa de dez por cento. A condenação do processo contemporâneo é, assim, retrato de fidelidade à *condemnatio* romana, procedimento através do qual o juiz privado romano não impunha nada ao obrigado, limitando-se a reprovar o inadimplemento e recomendar o cumprimento da obrigação.

A partir do desenvolvimento do direito das obrigações, às primitivas fontes obrigacionais, o delito e o contrato, restou também agregada a lei, reconhecida como possibilidade de fundamentação da condenação, a partir da Idade Média. Tal circunstância implicou uma ampliação do direito obrigacional e, em consequência, também potencializou a condenação que passou a alcançar cada vez maior expressão no sistema processual contemporâneo, servindo para a realização de um número cada vez maior de pretensões.

Além disso, o mundo moderno assiste a uma valorização cada vez maior do direito obrigacional, com significativa ampliação do espectro de relações e situações jurídicas que envolvem as obrigações. Novos direitos foram afirmados no ordenamento, novas relações obrigacionais estabeleceram-se, como o direito consumerista, fenômeno mundial decorrente da concentração do capital. Ainda, é crescente a tendência à monetarização das relações: quase tudo pode ser convertido em pecúnia. Até mesmo para a dor que atormentou a

humanidade em sua história tem-se um preço que se estabelece a partir de critérios que os juristas lapidam cada vez mais, tornando-os mais precisos e requintados.

É possível, então, reconhecer que significativa parcela das ações judiciais tem relação com o direito obrigacional e, mais do que isso, envolvem pretensões pecuniárias que se valem da ação condenatória como meio de solução judicial. E, paradoxalmente, o sistema processual mantém intacta a condenação, num evidente descompasso com a evolução operada no direito obrigacional.

É o que justifica, pois, a partir de uma compreensão hermenêutica dos institutos processuais, a adoção de mecanismos eficazes, propondo-se dentre eles particularmente a utilização da mandamentalização da condenação, como consequência da própria atividade jurisdicional, a ser reconhecida de ofício. Ao condenar, o juiz também *ordena* o pagamento, o que permite a imposição de pena para o descumprimento da ordem, descumprimento que será entendido como delito de desobediência, bem como da expedição de mandado de pagamento que pode iniciar a execução. A proposição formulada, a partir da interação das eficácias que se propõe, representa a quebra do paradigma processual que orienta a estrutura das ações no processo civil, dando à condenação a missão de produção do título executivo e, também, quebra o paradigma liberal que informa o direito processual, porque afirma a autoridade da atividade jurisdicional.

A adoção de medidas coercitivas garante o comando mandamental, estimulando o devedor a cumprir a determinação judicial. A plena expressão dessas medidas não se restringe à imposição de pena pecuniária, justificando-se a utilização de diversos instrumentos, inclusive alcançando a liberdade pessoal, com o propósito de conferir autoridade às decisões judiciais e ainda, recupera o sentido da responsabilidade, quando se trata do direito obrigacional.

A inclusão do comando mandamental, na sentença condenatória, representa ainda uma recuperação da orientação que informava o procedimento interdital romano, conferindo uma feição mais publicista ao processo. É, enfim, uma alternativa que se apresenta ao processo contemporâneo que pode contribuir para o alcance da maior efetividade processual, a partir de uma nova compreensão dos mesmos institutos, apenas objeto de uma perspectiva diversa. Afinal, a ciência processual não é o lugar da invenção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**. Un Tratado sobre la Justificación Jurídica. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALBERTARIO, Emilio. **Corso di Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1948.

_____. **Studi di Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1936. Vol. III.

ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALLORIO, Enrico. **L'Ordinamento Giuridico nel Prisma Dell'Accertamento Giudiziale e Altri Studi**. Milano: Giuffrè, 1957.

ALSINA, Hugo. **Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Buenos Aires: Compañía Argentina, 1943. Tomo III.

ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência**. Introdução ao Jogo e a suas Regras. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al Codice di Procedura Civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1957. Vol. III.

ARANGIO-RUIZ, Vicente. **Historia del Derecho Romano**. Traducción de la 2ª edición italiana de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Madrid: Reus, 1943.

_____. **Instituciones de Derecho Romano**. Traducción de la 10ª edición italiana de José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1952.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

ARIETA, Giovanni. **I Provvedimenti D'Urgenza**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1985.

ARISTÓTELES. **Rhétorique**. Traduit par Médéric Dufour. Paris: Les Belles Lettres, 1932.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1991.

ATTARDI, Aldo. **L'Interesse ad Agire**. Padova: CEDAM, 1958.

BACHELARD, Gaston. **O Novo Espírito Científico**. Tradução de Antônio José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. **A Ação Condenatória como Categoria Processual**. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001b.

_____. **Ação de Imissão de Posse**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a.

_____. **As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. **Curso de Processo Civil**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Volume 2.

_____. Direito Material e Processo. **Revista Jurídica**, São Paulo: Nota, n. 321, p. 16, dez./jul. 2004a.

_____. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004b.

_____. **Sentença e Coisa Julgada**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Sentença Mandamental. Da Alemanha ao Brasil. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 97, p. 251-264, 2000.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. Por um Processo Socialmente Efetivo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 105, p. 181-190, 2002.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do Direito de Punir. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 727, p. 640-650, 1996.

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. **Introducción al Estudio del Proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1983.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUR, Fritz. **Estudos sobre Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares**. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Fabris, 1985.

BETTI, Emílio. **Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici**. Milano: Giuffrè, 1949.

_____. **Teoria Generale della Interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1990.

_____. **Teoria Generale delle Obbligazione**. Milano: Giuffrè, 1953.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1972.

_____. Universalità e Perennità della Giurisprudenza Romana. In: **L'Europa e il Diritto Romano**. Milano: Giuffrè, 1954. Vol. II.

BISCARDI, Arnaldo. La Litis Contestatio nella Procedura per Legis Actiones. In: **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**. Napoli: Jovene, 1962. Tomo III.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Locke e o Direito Natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995.

BOEHMER, Gustav. **El Derecho Através de la Jurisprudencia**. Su Aplicación y Creación. Tradução de José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1959.

BONFANTE, Pietro. **Instituciones de Derecho Romano**. Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andres Larrosa. Madrid: Reus, 1925.

BORGHESI, Domenico. L'Antecipazione Dell'Esecuzione Forzata nella Riforma del Processo Civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, ano XLV, n. 1, p. 191-199, mar. 1991.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. **Da Ação Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BOURDIEU, Pierre. **A Economia das Trocas Lingüísticas**. O que Falar quer Dizer. São Paulo: Edusp, 1996.

BRETONE, Mário. **História do Direito Romano**. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shhoja. Lisboa: Estampa, 1988.

BRUNORI, Ernesto. Sulla Inibitoria. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, v. IX, parte I, p. 207-229, 1956.

BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito**. Tradução de Lenine Lequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

BÜLOW, Oskar Von. **La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964.

BUZUID, Alfredo. **A Ação Declaratória no Direito Brasileiro**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. **Do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAENEGEM, Raoul C. van. **I Signori del Diritto**. Traduzione di Laura Ascheri Lazzari. Milano: Giuffrè, 1991.

CALAMANDREI, Piero. **El Procedimiento Monitorio**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1946.

_____. **Estudios sobre el Proceso Civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

_____. Il Processo come Giuco. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, vol. V, parte I, p. 23-51, 1950.

_____. **Il Processo di Cognizione**. 11. ed. Firenze: Universitaria, 1943.

_____. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973. Vol. I.

_____. **La Cassazione Civile**. Torino: Fratelli Bocca, 1920. Volume I.

_____. **La Condanna**. Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1972. Vol. V.

_____. **Proceso y Democracia**. Traducción de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

CALASSO, Francesco. **Gli Ordenamenti Giuridici del Rinascimento Medievale**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1949.

_____. Jurisdictio nel Diritto Comune Classico. In: **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**, Napoli: Jovene, 1962. Tomo IV.

_____. **Medio Evo del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1954.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Da Jurisdição**. Salvador: Progresso, 1957.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPONI, Bruno. Sull'Esecuzione-Attuazione dei Provvedimenti D'urgenza per Condanna al Pagamento di Somme. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, anno XLIV, n. 1, p. 88-119, gen./mar. 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo e a Evolução do Direito**. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. Porto Alegre: Ajuris, 1978.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y Proceso**. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971.

_____. **Estudios de Derecho Procesal**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1952. Vol. I.

_____. Giuco e Processo. In: **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**, Napoli: Jovene, 1962. Tomo III.

_____. **Instituciones de Proceso Civil**. Traducción de Santiago Sentis Melendo. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973. Vol. I.

_____. **Metodologia del Derecho**. Traducción de Angel Ossorio. México: Hispano-Americana, 1940.

_____. **Sistema de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uthea Argentina, 1944. Vol. I.

CASSIRER, Ernst. **A Filosofia do Iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: Unicamp, 1992a.

_____. **El Problema del Conocimiento en la Filosofia y en la Ciencia Modernas**. Traducción de Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

_____. **Linguagem e Mito**. Tradução de J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992b.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica**. Coimbra: Coimbra, 2003.

CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. Tradução de Guy Reynaud. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Vol. VIII.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Cultura e Democracia: O Discurso Competente e Outras Falas**. São Paulo: Moderna, 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. **A Idéia Romana no Processo Civil Moderno**. Processo Oral. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

_____. **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1993. Volume Terzo.

COLESANTI, Vittorio. Misure Coercitive e Tutela dei Diritti. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, ano XXXV, n. 4, p. 601-626, ott./dic. 1980.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e Giusto Processo: Modelli a Confronto. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 90, 1998.

CORTELLA, Mário Sérgio. **A Escola e o Conhecimento – Fundamentos Epistemológicos e Políticos**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

COSTA, Emilio. **Storia del Diritto Romano Privato**. 3. ed. Firenze: G. Barbèra, 1921.

COULANGES, Foustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução de Fernando de Aguiar. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

D'ORS, Alvaro. **Elementos de Derecho Privado Romano**. 2. ed. Pamplona: Universidad de Navarra, 1975.

DANOVI, Filippo. L'Azione Inibitoria in Materia di Clausole Vessatorie. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, anno LI, n. 4, p. 1.046-1.083, ott./dic. 1996.

DE MARTINO, Francesco. **La Giurisdizione nel Diritto Romano**. Padova: CEDAM, 1937.

DE STEFANO, Giuseppe. Sulla Esecuzione Immediata della Sentenza che Accerta L'Obbligo del Terzo Pignorado. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, vol. VII, parte I, p. 90-104, 1952.

DELLA ROCCA, Fernando. Azione nel Processo Canonico. In: **Novissimo Digesto Italiano**. 3. ed. Torino: Torinese, 1957. Vol. II.

DENTI, Vittorio. **L'Esecuzione Forzata in Forma Specifica**. Milano: Giuffrè, 1953.

_____. **Processo Civile e Giustizia Sociale**. Bologna: Il Mulino, 1982.

DERNBURG, Arrigo. **Pandette**. Traduzione sulla 6ª edizione di Francesco Bernardino Cicala. Torino: Fratelli Bocca, 1903.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: José Olympio, 1960.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996.

DILTHEY, Wilhelm. **História da Filosofia**. Tradução de Silveira Mello. São Paulo: Exposição do Livro, 1972.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELSTER, Jon. **Juicios Salomonicos**. Traducción de Carlos Gardini. Barcelona: Gedisa, 1999.

ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de Derecho Civil**. Traducción de la 35ª edición alemana de Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1933. Segundo Tomo.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

ESTELLITA, Guilherme. **Direito de Ação – Direito de Demandar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacinto, 1942.

EWALD, François. **Foucault, a Norma e o Direito**. Tradução de António Fernando Cascais. Lisboa: Veja, 1993.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La Hermeneutica Jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid, Espana: Universidad, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoria del garantismo penal. Madri: Trotta, 1997.

_____. **O Direito como sistemas de garantias**. O novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FERRINI, Contardo. **Manuale di Pandette**. 3. ed. Milano: Società, 1908.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

_____. **As Palavras e as Coisas**. Tradução de Salma Tannus Muchail. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Em Defesa da Sociedade**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Microfísica do Poder**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado. 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

FRANCISCI, Pietro de. **Appunti di Istituzioni di Diritto Romano**. Padova: Universitária, 1923.

_____. **Sintesis Historica del Derecho Romano**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

FRIGNANI, Aldo. **L'Injunction nella Common Law e L'Inibitoria nel Diritto Italiano**. Milano: Giuffrè, 1974.

FUX, Luiz. **Tutela Antecipada e Locações**: Os Fundamentos da Antecipação da Tutela e sua Aplicação na Relação Locatícia. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

_____. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência**: Fundamentos da Tutela Antecipada. São Paulo: Saraiva, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **A Razão na Época da Ciência**. Tradução de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Mito y Razón**. Traducción de José Francisco Zúñiga García. Barcelona: Paidós, 1997.

_____. **O Problema da Consciência Histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

_____. **Verdade e Método**. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GANDOLFI, Giuseppe. Azione Possessória (Diritto Romano). In: **Novissimo Digesto Italiano**. 3. ed. Torino: Torinese, 1957. Vol. II.

_____. **Contributo allo Studio del Processo Interdittale Romano**. Milano: Giuffrè, 1955.

GARAPON, Antonie. **O Guardador de Promessas**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Piaget, 1996.

GARBAGNATI, Edoardo. **I Procedimenti di Ingiunzione e Sfratto**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1949.

GARSONNET, E.; CÉZAR-BRU, Charles. **Précis de Procédure Civile**. 5. ed. Paris: Société du Recueil General des Lois & Des, 1904.

GENY, Francisco. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Madrid: Hijos de Reus, 1902.

GIL, Antonio Hernández. **Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

_____. **Principios generales del proceso**. Buenos Aires: Publicações Europa-América, 1961. 2 v.

GROCIO, Hugo. **Del Derecho de la Guerra y de la Paz**. Traducción de Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Reus, 1925. Tomo III.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GROSSI, Paolo. **El Orden Jurídico Medieval**. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Alvarez. Madrid: Marcial Pons, 1996.

GROSSO, Giuseppe. Problemi e Visuali del Romanista. In: **L'Europa e il Diritto Romano**. Studi in Memoria di Paolo Koschaker. Milano: Giuffrè, 1954. Vol. I.

GUARINO, Antonio. Il Diritto e l'Azione nella Esperienza Romana. In: **Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz**. Napoli: Jovene, 1962. Tomo I.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Conceitos de Filosofia**. Fortaleza: José de Alencar, 1996.

_____. Derechos Fundamentales, Proceso y Principio de Proporcionalidad. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 95, p. 64-83, 1999.

_____. **Processo Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

GUTHRIE, W. K. C. **Os Sofistas**. São Paulo: Paulus, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: Estudos de Teoria Política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e Democracia**: Entre Faticidade e Validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Volume I.

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

_____. **Passado como Futuro**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

_____. **Teoría de la Acción Comunicativa**. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. rev. Madrid: Taurus, 1987. Tomo I.

_____. **Teoría y Práxis**. Traducción de Salvador Más Torres y Carlos Moya Espí. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. Parte II.

HELLER, Agnes et al. **A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o Século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

_____. **Além da Justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HOBBS, Thomas. **Do Pensamento e da Linguagem**. São Paulo: Abril, 1974.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Fundamentação de uma Filosofia Crítica do Direito e do Estado. Petrópolis: Vozes, 1991.

HUSSERL, Edmond. **A Crise da Humanidade Européia e a Filosofia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano – Historia e Instituciones**. 11. ed. Barcelona: Madrid, 1997.

JAMESON, Fredric. **Pós-Modernismo: a Lógica Cultural do Capitalismo Tardio**. Tradução de Maria Elisa Cevasco. 2. ed. São Paulo: Ática, 1997.

JHERING, Rudolf Von. **La Dogmática Jurídica**. Traducción de Enrique Príncipe y Santorres. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1946.

_____. **O Espírito do Direito Romano**. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. Vol. I.

_____. **O Fundamento dos Interdictos Possessorios**. Tradução de Adherbal de Carvalho. 2. ed. Belo Horizonte: Francisco Alves, 1908.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KISCH, Wilhelm. **Elementos de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Leonardo Prieto Castro. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

_____. **A Tensão Essencial**. Tradução de Rui Pacheco. Lisboa: Edições 70, 1977.

KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miquel. Barcelona: Ariel, 1998.

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução da 6ª edição de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Los Elementos del Derecho Natural**. Traducción de Tomás Guillén Vera. Madrid: Tecnos, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Embargos do Executado**. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952.

_____. **Processo de Execução**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. “Reconhecimento e garantias constitucionais dos Direitos Fundamentais.” **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal. n. 129. 1996. p. 85-98.

LOPES, José Reinaldo Lima. **O Direito na História**. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas Preventivas**. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria Corte Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Los Tribunales Constitucionales em Iberoamérica**. México: FUNDAP, 2002.

MACKELDEY, F. **Elementos del Derecho Romano**. 4. ed. Madrid: Leocadio López, 1886.

MANDRIOLI, Crisanto. **L’Azione Esecutiva**. Milano: Giuffrè, 1955.

_____. **L’Esecuzione Forzata in Forma Specifica**. Milano: Giuffrè, 1953.

_____. L’Esecuzione Specifica dell’ordine di Reintegrazione nel Posto di Lavoro. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, v. 30, p. 9-36, 1975.

_____. Sulla Correlazione Necessária tra Condanna ed Eseguità Forzata. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, ano XXX, n. 4, p. 1.342-1.357, dez. 1976.

MANNHEIM, Karl. **Ideología y Utopía**. Traducción de Salvador Echavarría. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória – Individual e Coletiva**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATTEI, Ugo. **Tutela Inibitória e Tutela Risarcitoria**. Milano: Giuffrè, 1987.

MATTIROLO, Luigi. **Trattato di Diritto Giudiziario Civile Italiano**. 5. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1902.

MAYNS, Charles. **Cours de Droit Romain**. 5. ed. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1891. Tome Premier.

_____. **Éléments de Droit Romain**. 2. ed. Bruxelles: Bruxelles & Leipzig, 1856.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MENESTRINA, Francesco. **La Pregiudiciale nel Processo Civile**. Milano: Giuffrè, 1963.

MERRYMAN, John Henry. **La Tradizione di Civil Law nell’ Analisi di un Giurista di Common Law**. Traduzione de Anna de Vita. Milano: Giuffrè, 1973.

_____. Lo Stile Italiano: L’Interpretazione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, ano XXII, n. 1, p. 373-414, mar. 1968.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOLINA PASQUEL, Roberto. **Contempt of Court**. México: Fondo de Cultura Económica, 1954.

MONACCIANI, Luigi. **Azione e Legittimazione**. Milano: Giuffrè, 1951.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. **Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado**. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MONTESANO, Luigi. **Processo Civile e Pubblica Amministrazione**. Nápoli: Morano, 1960.

MORTARA, Lodovico. **Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile**. Milano: Francesco Vallardi, 1923. Volume V.

MOZOS, Jose Luis de los. **Derecho Civil (Metodo, Sistemas y Categorías Jurídicas)**. Madrid: Civitas, 1988.

NATOLI, Ugo. L'Attuazione del Rapporto Obbligatorio. In: **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**. Milano: Giuffrè, 1984. Vol. XVI. T. 2.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NUNES, Benedito. **Heidegger & Ser e Tempo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

OURLIAC, Paul. **Historia del Derecho**. Traducción de Arturo Fernández Aguirre. Puebla: Jose M. Cajica, 1952.

_____; MALAFOSSE, J. de. **Droit Romain et Ancien Droit. Les Obligations**. Paris: Presses Universitaires de France, 1957.

PEKELIS, Alessandro. Azione (Teoria Moderna). In: **Novissimo Digesto Italiano**. 3. ed. Torino: Torinese, 1957. Vol. II.

_____. **Saggio sui Rapporti tra Diritto e Morale**. Padova: CEDAM, 1932.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEROZZI, Silvio. **Istituzioni di Diritto Romano**. Firenze: G. Barbèra, 1908. Vol. II.

PLATÃO, Crátilo. **Diálogo sobre a Justeza dos Nomes**. Tradução do Pe. Dias Palmeira. 2. ed. Lisboa: Sá da Costa, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **A Sabedoria da Intelligência**. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro, 1923.

_____. **A Sabedoria dos Instintos**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1921.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. Tomo I.

_____. **Garra, Mão e Dedo**. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

POPPER, Karl Raymund. **Conjecturas e Refutações**. Tradução de Sérgio Bath. 4. ed. rev. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

_____. **Lógica das Ciências Sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Universidade de Brasília, 1978.

PORTANOVA, Rui. **As Motivações Ideológicas da Sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PRIETO-CASTRO, Leonardo. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Madrid: Reus, 1961. Tomo II.

PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla Tutela di Condanna. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, ano XXXII, n. 3, p. 1.104-1.210, set. 1978.

_____. L'Effettività dei Mezzi di Tutela Giurisdizionale con Particolare Riferimento All'Atuazione della Sentenza di Condanna. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, v. 30, p. 620-634, 1975.

_____. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1996.

PUGLIESE, Giovanni. Azione (Diritto Romano). In: **Novissimo Digesto Italiano**. 3. ed. Torino: Torinese, 1957. Vol. II.

_____. **Il Processo Civile Romano**. Milano: Giuffrè, 1963.

_____. Processo Privato e Processo Pubblico – Contributo all'Individuazione dei loro Caratteri nella Storia del Diritto Romano. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, vol. III, parte I, p. 63-109, 1948.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

_____. **Introdução à Ciência do Direito**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. **A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAPISARDA, Cristina. **Profili della Tutela Civile Inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987.

REDENTI, Enrico. **Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1957. Vol. I.

_____. **Profili Pratici del Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1938.

REICHEL, Hans. **La Ley y la Sentencia**. Traducción de Emilio Miñana Villagrasa. Madrid: Reus, 1921.

REIS, José Alberto dos. **Processo Ordinário e Sumário**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1928.

_____. **Processo de Execução**. Coimbra: Coimbra, 1943.

RICOEUR, Paul. **Hermeneutica y Accion**. Traducción de Mauricio M. Prelooker et al. 2. ed. Buenos Aires: Docencia, 1988a.

_____. **Ideologia e Utopia**. Tradução de Teresa Louro Perez. Rio de Janeiro: Edições 70, 1986.

_____. **Interpretação e Ideologias**. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1983.

_____. **O Conflito das Interpretações**. Ensaios de Hermenêutica. Tradução de M. F. Sá Correia. Porto: Rés, 1988.

ROCCO, Alfredo. **La Sentencia Civil**. Traducción de Mariano Ovejero. Madrid: La España Moderna, 1962.

ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Torino: Torinese, 1957. Tomo I.

ROCHA, Leonel Severo. Direito, Complexidade e Risco. **Revista Seqüência**, São Paulo, n. 28, 1994.

_____. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. **Paradoxos da Auto-Observação**: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. Curitiba: JM, 1997.

ROHDEN, Luiz. **O Poder da Linguagem**. A Arte Retórica de Aristóteles. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Traducción de Genaro R. Carrió. 5. ed. Buenos Aires: EUDEBA, 1994.

RUBY, Christian. **Bachelard**. Paris: Quintette, 1998a.

_____. **Introdução à Filosofia Política**. Tradução de Maria Leonor F. R. Loureiro. São Paulo: Unesp, 1998b.

RUSSEL, Bertrand. **O Poder: Uma Nova Análise Social**. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

SANTAELLA, Lúcia. **Produção de Linguagem e Ideologia**. São Paulo: Cortez, 1996.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1º Volume.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma Ciência Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. **O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Gildo dos. **As Ações de Imissão de Posse, Cominatórias e de Despejo no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

SATTA, Salvatore. **Diritto Processuale Civile**. 6. ed. Padova: CEDAM, 1959.

_____. **Introduzione allo Studio del Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1939.

_____. **L'Esecuzione Forzata nella Tutela Giurisdizionale dei Diritti**. Nápoli: Jovene, 1949.

_____. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Traducción de Santiago Sentís Melendo e Fernando de La Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. Vol. I.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. São Paulo: Cultrix, 1995.

SAVIGNY, Federico Carlo de. **Sistema del Diritto Romano Attuale**. Traduzione di Vittorio Scialoja. Torino: Torinese, 1893.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano: Ejercicio y Defensa de los Derechos**. Traducción de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1977.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre Hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. **Órfãos de Utopia: a Melancolia da Esquerda**. Porto Alegre: UFRGS, 1993a.

_____. **Pensar é Pensar a Diferença: Filosofia e Conhecimento Empírico.** Ijuí: Unijuí, 2002.

_____. **Seminário sobre a Verdade.** Petrópolis: Vozes, 1993b.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e Dogmática: Aportes Críticos acerca da Crise do Direito e do Estado. Cadernos de Pesquisa do Curso de Mestrado em Direito da Unisinos.** Porto Alegre: Unisinos, 1997.

_____. **Hermenêutica (Jurídica): Compreendemos porque Interpretamos ou Interpretamos porque Compreendemos? Uma Resposta a partir do *Ontological Turn*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Tribunal do Júri.** Símbolos e Rituais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARELLO, Giovanni. **Cultura Jurídica y Política del Derecho.** Traducción de Isidro Rosas Alvarado. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

TARUFFO, Michele. **L'Attuazione Esecutiva dei Diritti: Profili Comparatistici.** **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,** Milano: Giuffrè, ano XLII, n. 1, p. 142-178, mar. 1988.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THOMASIIUS, Christian. **Fundamentos de Derecho Natural y de Gentes.** Traducción de Salvador Rus Rufino y Maria Asunción Sánchez Manzano. Madrid: Tecnos, 1994.

THON, Augusto. **Norma Giuridica e Diritto Soggettivo.** 2. ed. Padova: CEDAM, 1951.

TOMMASEO, Ferruccio. **I Provvedimenti d'Urgenza.** Padova: CEDAM, 1983.

TROPLONG, M. **La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano.** Traducción de Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Desclée de Brouwer, 1947.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz E. **Constituição de 1988 e Processo.** São Paulo: Saraiva, 1989.

VATTIMO, Gianni. **La Sociedad Transparente.** Traducción de Teresa Oñate. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

_____. **Más Allá de la Interpretación.** Traducción de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995.

VERNENGO, José Roberto. **Curso de Teoría General del Derecho.** 2. ed. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

VERÓN, Eliseo. **A Produção de Sentido.** São Paulo: Cultrix, 1980.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia.** Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus, 1986.

WACH, Adolf. **Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana.** Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1958.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito: O Sonho Acabou.** Florianópolis: Boiteux, 2004a.

_____. **Introdução Geral ao Direito I.** Porto Alegre: Fabris, 1995a.

_____. **O Direito e sua Linguagem.** Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. O Monopólio dos Sábios: o Sentido Comum Teórico dos Juristas. In: **Introdução Geral ao Direito II.** Porto Alegre: Fabris, 1996.

_____. **Surfando na Pororoca: Ofício do Mediador.** Florianópolis: Boiteux, 2004b.

WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho – Derecho Natrual y Justicia Material.** Traducción de Felipe González Vicen. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1979.

WENGER, Leopold. **Actio Iudicati.** Traducción de Roberto Goldschmidt y Jose Julio Santa Pinter. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1954.

WETTER, P. Van. **Cours Élémentaire de Droit Romain.** Paris: A. Durand, 1871.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

WILHELM, Walter. **La Metodología Jurídica en el Siglo XIX.** Traducción de Rolf Bethmann. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1980.

WINDSCHEID, Bernhard. **Diritto delle Pandette.** Traduzione de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Torinese, 1904.

_____; MUTHER, Theodor. **Polemica Intorno All'Actio.** Traduzione de Ernst Heinitz. Firenze: Sansoni, 1954.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas**. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ZACCARIA, Giuseppe. **L'arte dell'interpretazione** – Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea. Padova: CEDAM, 1990.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1947.

ZIZEK, Slavoj (Org.). **Um Mapa da Ideologia**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.